

**Die Fehlerhaftigkeit
von Prozeßhandlungen der Partei
im Zivilprozeß
und die Möglichkeit ihrer Heilung**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

**Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg**

vorgelegt von

Referendar Gerald Güntzel

aus Hannover

Marburg 1966

Fotodruck von Erich Mauersberger in Marburg

**Die Fehlerhaftigkeit
von Prozeßhandlungen der Partei
im Zivilprozeß
und die Möglichkeit ihrer Heilung**

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Referendar Gerald Güntzel

aus Hannover

Marburg 1966

Fotodruck von Erich Mauersberger in Marburg



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am: 17.3.1966

Berichterstatter: Professor Dr. Baumgärtel

Mitberichterstatter: Professor Dr. Bruns

Tag der mündlichen Prüfung: 17. März 1966

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
§ 1 Einleitung	1
I. Teil Die prozessualen Wertkategorien und ihre Bedeutung für die Heilbarkeit von Prozeßhandlungen	4
§ 2 Der Begriff der fehlerhaften Prozeßhandlung und der Heilungsbegriff	4
I. Der Prozeßhandlungsbegriff	4
II. Der Fehlerbegriff	5
III. Der Heilungsbegriff	6
§ 3 Die Heilungsmöglichkeiten fehlerhafter Prozeßhandlungen in Voraussetzungen und Wirkungen	10
I. Die Heilung verzichtbarer Formfehler gemäß § 295 ZPO	10
II. Die Heilung durch Genehmigung	14
III. Die Heilung durch Eintritt eines nachträglichen Ereignisses	17
IV. Die Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 187 ZPO	18
V. Die Heilung durch Zweckerreichung	22
VI. Die Heilung durch den Eintritt der Rechtskraft	25
VII. Konkurrenz der Heilungsmöglichkeiten	26
§ 4 Heilungsmöglichkeiten und Wertkategorien	28
§ 5 Die von der Wissenschaft entwickelten prozessualen Wertkategorien und ihr Beitrag zur Lösung des Heilungsproblems	31
I. Die im Schrifttum entwickelten Wertkategorien	31
II. Kritik unter dem Aspekt der Heilung	37
III. Die angewandte Methode zur Gewinnung der Wertkategorien	48
§ 6 Das eigene Vorgehen bei Untersuchung der Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen und der Möglichkeit ihrer Heilung	52
I. Die Methode	52
II. Die Wirkungen der Prozeßhandlungen und ihre Bedeutung für die Bewertung im Falle der Fehlerhaftigkeit	54
1. Der Wirkungsbereich der Prozeßhandlungen	54
2. Das Wirkungsobjekt der Prozeßhandlungen	56
III. Interessenabwägung und Bewertung	61

II. Teil	Bewertung und Heilung einzelner Mängel	65
§ 7	Der Mangel der Parteifähigkeit	65
I.	Die einzelnen Fälle der Parteiunfähigkeit	66
II.	Bewertung und Heilung des Mangels	70
1.	Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit	70
2.	Die Bewertung und Heilung der Prozeßhandlungen bei Parteiunfähigkeit von Klagerhebung an	71
a)	Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen	72
b)	Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen	77
c)	Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen	79
§ 8	Die nicht existente Partei	81
I.	Die einzelnen Fälle der Vornahme von Prozeßhandlungen durch eine nicht existente Partei	81
II.	Bewertung und Heilung des Mangels	83
1.	Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit	84
2.	Die Bewertung der Prozeßhandlungen im weiteren Verlauf des Prozesses	85
a)	Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen	85
b)	Die verfahrensmäßige Behandlung des Mangels	87
§ 9	Der Mangel der Prozeßfähigkeit	89
I.	Die einzelnen Fälle der Prozeßunfähigkeit	89
II.	Bewertung und Heilung des Mangels	90
1.	Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit	90
2.	Die Bewertung und Heilung der Prozeßhandlungen bei Prozeßunfähigkeit von Klagerhebung an	91
a)	Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen	91
b)	Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen	95
c)	Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen	92

§ 10	Der Mangel der Vertretungsmacht	105
I.	Die einzelnen Fälle mangelnder Vertretungsmacht	105
II.	Bewertung und Heilung des Mangels	107
1.	Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit	107
2.	Vorliegen des Mangels von Klagerhebung an	108
a)	Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen	108
b)	Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen	110
c)	Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen	113
§ 11	Der Mangel der Postulationsfähigkeit	114
I.	Die einzelnen Fälle der Postulationsunfähigkeit	114
II.	Bewertung und Heilung des Mangels	117
1.	Die Möglichkeit eines Zulassungsstreits	117
2.	Die Bewertung der von einem Postulationsunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen	118
a)	Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen	120
b)	Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen	131
§ 12	Mängel der Klagerhebung	133
I.	Die einzelnen Klagmängel	133
II.	Bewertung und Heilung der Klagmängel	135
1.	Mängel der Klageschrift	135
a)	Die fehlende Bezeichnung des Gerichts	135
b)	Die fehlende Bezeichnung der Parteien	136
c)	Das Fehlen von Antrag und Begründung	137
d)	Der fehlende oder unbestimmte Antrag	137
e)	Fehlen oder Unbestimmtheit der Klagbegründung	142
f)	Die nicht in deutscher Sprache abgefaßte Klageschrift	145
g)	Die fehlende Unterschrift	147
2.	Zustellungsmängel	148
a)	Die fehlerhafte Zustellung der Klageschrift	148
b)	Die fehlende Zustellung der Klageschrift	151
c)	Die formlose Übersendung der Klageschrift	152
III.	Der Zusammenhang von Bewertung und Heilbarkeit	158

III. Teil	Gruppierung und Systematisierung der aus der Einzeluntersuchung gewonnenen Ergebnisse	161
§ 13	Gruppierung der Fehlerfolgen	161
§ 14	Der Heilungsbegriff	169
§ 15	Die für die Heilung maßgebenden Wertlagen	173
	I. Der den prozessualen Formen zugrunde liegende Wertkonflikt	174
	II. Die Stellung der Heilung in dem den prozessualen Formen zugrunde liegenden Wertkonflikt	176

Schrifttums- und Abkürzungs-Verzeichnis

- A b e n d, Dissertation
Heinrich Abend, Prozesse nicht parteifähiger und nicht
existenter Parteien, Dissertation, Erlangen 1952
- B a u m b a c h - L a u t e r b a c h
Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Zivilprozeßordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,
Kommentar, 28. Aufl., München und Berlin 1965
- B a u m g ä r t e l, Prozeßhandlung
Gottfried Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhand-
lung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt
a.M. 1957
- B a u m g ä r t e l, Zivilprozeßrechtsfall
Gottfried Baumgärtel, Der Zivilprozeßrechtsfall, Metho-
dische Anleitung und Fälle mit Lösung für den Studenten,
Köln-Berlin-Bonn-München 1965
- B a u m g ä r t e l, Gottfried
Die fehlerhaften Prozeßhandlungen nach dem Recht des
Codex Juris Canonici, Österreichisches Archiv für Kir-
chenrecht 1954, S. 161 ff.
- B a u m g ä r t e l, Gottfried
Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der
ZPO und des FGG, ZZP 67 (1954), 423 ff.
- B a u m g ä r t e l, Gottfried
Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im
Erkenntnisverfahren, ZZP 69 (1956), 89 ff.
- B a u r, Summum ius summa iniuria
Fritz Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrens-
recht, in: Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S.97 ff.
- B e l i n g, Ernst
Buchbesprechung: Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeß-
rechts, ZStrW 42 (1921), 257 ff.
- B G B - R G R K
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben
von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band,
1. Teil, 11.Aufl., Berlin 1959
- B l o m e y e r
Arwed Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- B l o m e y e r, Arwed
Rechtskrafteinstreckung infolge zivilrechtlicher Abhän-
gigkeit, ZZP 75 (1962), 1 ff.
- B l o m e y e r, Karl
Buchbesprechung: Karl Siegert, Die Prozeßhandlungen,
ihr Widerruf und ihre Nachholung, Arch.f.Rechtspfl.
in Sachsen, Thüringen und Anhalt 1931, 168 ff.

- B l o m e y e r, Karl
Buchbesprechung: Adolf Schönke, Lehrbuch des Zivilprozeß-
rechts, ZZP 66 (1953), 158 ff.
- B o l d t, Gerhard
Die Zulassung der Rechtsanwälte zu den Arbeitsgerichten,
NJW 1953, 561 ff.
- D e B o o r - E r k e l
Otto de Boor, Günther Erkel, Zivilprozeßrecht, 2.Aufl.,
Wiesbaden 1961
- B r u n s
Rudolf Bruns, Zivilprozeßrecht, Hannover 1949
- B r u n s, Rudolf
Der Begriff der Parteiprozeßhandlung, JZ 1959, 204 f.
- B ü l o w, Geständnisrecht
Oskar Bülow, Das Geständnisrecht, Freiburg 1899
- D a h n s, Paul
Fragen der Zulassung der Rechtsanwälte vor den Arbeitsge-
richten, NJW 1954, 99 ff.
- D e r s c h - V o l k m a r
Hermann Dersch, Volkmar u.a., Arbeitsgerichtsgesetz,
Kommentar, 6.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- D i e t z - N i k i s c h
Rudolf Dietz, Arthur Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz,
Kommentar, München und Berlin 1954
- E n g i s c h, Karl
Buchbesprechung: Wilhelm Sauer, Allgemeine Prozeßrechts-
lehre, ZZP 66 (1953), 64 ff.
- E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y
Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil
des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen, 1. Halbband
1959, 2. Halbband 1960
- G ö c k e r, Dissertation
Herbert Göcker, Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß,
Dissertation, Jena 1933
- G o l d s c h m i d t
James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- G o l d s c h m i d t, Lehrbuch
James Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 2.Aufl., Berlin 1932
- G r a b n e r
Die einseitigen privatrechtlichen Willenserklärungen im
Rechtsstreit und das Verhältnis des bürgerlichen und des
prozessualen Rechts. Eventuelles Vorbringen im Rechtsstrei-
te, ZZP 48 (1920), 531 ff.
- H a b s c h e i d, Walther
Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Per-
son und Gesellschaft, AcP 155 (1956), 375 ff.

H a h n, Materialien

Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, herausgegeben von C. Hahn, 1. Abtheilung, Berlin 1880

H e l l m a n n

Zur Lehre von dem Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach deutschem Civilprozeßrechte, ZZP 27 (1900), 261 ff.

H e l l w i g, Lehrbuch

Konrad Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Band 1, Leipzig 1903, Band 2, Leipzig 1907

H e l l w i g, System

Konrad Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912

H e l l w i g, Konrad

Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Sonderdruck aus der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Breslau 1910

v. H i p p e l, Fritz

Zur modernen konstruktiven Epoche der "deutschen Prozeßrechtswissenschaft". Gedanken zu Werner Nieses "Doppel-funktionelle Prozeßhandlungen", ZZP 65 (1952), 424 ff.

H ö l d e r, E.

Die Natur des gerichtlichen Geständnisses, ZZP 28 (1901), 389 ff.

J a u e r n i g, Othmar

Rechtskrafterstreckung kraft Vereinbarung, ZZP 64 (1951), 285 ff.

J u s t

Civilprozeßrechtliche Controversen, AcP 68 (1885), 268 ff.

K e r n, Festschrift für Lenel

Eduard Kern, Zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Otto Lenel, Leipzig 1923, S. 52 ff.

K r ü c k m a n n

Buchbesprechung: Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, ZZP 56 (1931), 246 ff.

L a n g e, Allgemeiner Teil

Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, Studienbuch, 7.Aufl., München und Berlin 1964

L e h m a n n, Allgemeiner Teil

Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11. Aufl., Berlin 1958

- L e n c k n e r, Theodor
Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, 321 ff.
- L e n t
Friedrich Lent, Zivilprozeßrecht, Studienbuch, 9.Aufl., München und Berlin 1959
- L e n t - J a u e r n i g
Friedrich Lent, Othmar Jauernig, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1965
- L ö w e - R o s e n b e r g
Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, herausgegeben von Dünnebier, Geier u.a., 1. Band, 21. Aufl., Berlin 1963
- L u k e s, Rudolf
Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter, ZZP 69 (1956), 141 ff.
- L u x e n b e r g, Dissertation
Lothar Luxenberg, Zur Lehre von den mangelhaften Parteihandlungen im Zivilprozeß und ihrer Heilung, Dissertation, Erlangen 1935
- M e r z y n, Dissertation
Friedrich Merzyn, Die Stellung der parteiunfähigen Partei im Zivilprozeß, Dissertation, Marburg 1934
- N i e s e, Prozeßhandlungen
Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950
- N i k i s c h
Arthur Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
- N u ß b a u m, Prozeßhandlungen
Arthur Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, XVII. Band, Heft 1
- N u ß b a u m, Arthur
Die nicht rechtsfähigen Vereine im Prozeß und Konkurs, ZZP 34 (1905), 107 ff.
- O e r t m a n n, Paul
Zustellungs- und Ladungsmängel, ZZP 48 (1920), 437 ff.
- O e r t m a n n, Paul
Ein Beitrag zur Frage der Prozeßunfähigkeit geschäftsbeschränkter Personen, Judicium 1 (1928/9), 169 ff.
- P a l a n d t
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Danckelmann, Gramm u.a., 25. Aufl., München und Berlin 1965
- P e t e r s
Karl Peters, Strafprozeß, Lehrbuch, Karlsruhe 1952

- R e i n e r, Dissertation
Helmuth Reiner, Die Zurückweisung einer beabsichtigten
Klage durch Beschluß, Dissertation, Erlangen 1959
- R i c k, Wilhelm
Die Beschränkung der Zulassung von Rechtsanwälten vor
den Arbeitsgerichten, RdA 1964, 93 ff.
- R o s e n b e r g
Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Aufl., München und Berlin 1961
- R o s e n b e r g, Leo
Die Anfechtbarkeit von Urteilen gegenüber Prozeßunfähigen
oder gegenüber einer nicht durch ihren richtigen gesetz-
lichen Vertreter vertretenen Partei, JZ 1951, 43 f.
- S a u e r, Grundlagen
Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl.,
Stuttgart 1929
- S a u e r, Prozeßrechtslehre
Wilhelm Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-
Detmold-Köln-München 1951
- S a u e r, Juristische Methodenlehre
Wilhelm Sauer, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940
- S a u e r, Wilhelm
Die Begründung der Prozeßrechtswissenschaft, ZStrW 40
(1919), 695 ff.
- S a u e r, Wilhelm
Der Weg zu neuen Einsichten, ZStrW 42 (1921), 557 ff.
- S a u e r, Wilhelm
Kritik des prozessualen Denkens, Archiv für Rechts- und
Wirtschaftsphilosophie (ArchRPhil) 19, 268 ff.
- S a u e r, Wilhelm
Umstrittene Grundbegriffe des Prozeßrechts, JR 1951,
257 ff.
- S a u e r, Wilhelm
Buchbesprechung: Eberhard Schmidt, Lehrkommentar, Teil 1,
ZZP 66 (1953), 460 ff.
- S a u e r, Wilhelm
Beiträge zum Beweisrecht und zur Urteilsfindung, ZZP 68
(1955), 425 ff.
- S a x, W.
Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allge-
meinen Prozeßrechtslehre. Ein Beitrag zur allgemeinpro-
zessualen Methodik, ZZP 67 (1954), 21 ff.

- S c h m i d t, E., Lehrkommentar
Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechts-
theoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des
Strafverfahrensrechts, 2.Aufl., Göttingen 1964
- S c h ö n k e
Adolf Schöнке, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7.Aufl.,
Karlsruhe 1951
- S c h ö n k e - S c h r ö d e r - N i e s e
Adolf Schöнке, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8.Aufl.,
neu bearbeitet von Horst Schröder, Werner Niese, Karls-
ruhe 1956
- S c h w i n g e, Staatsakt
Erich Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvoll-
streckungsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930, Neudruck
1963
- S i e g e r t, Prozeßhandlungen
Karl Siegert, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre
Nachholung, Berlin 1929
- S i e g e r t, Karl
Buchbesprechung: Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeß-
rechts, Judicium 5 (1933), S. 172 ff.
- S k e d l, Arthur
Parteifähigkeit, absoluter Nichtigkeitsgrund, RheinZ 12
(1923), 347 ff.
- S o e r g e l - S i e b e r t
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen, Kommentar, begründet von Hs.Th.Soergel, neu
herausgegeben von W. Siebert, bearbeitet von Abraham,
Siebert u.a., I. Band, 9.Aufl., Stuttgart 1959
- S t a u d i n g e r
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsge-
setz und Nebengesetzen, I.Band, Allgemeiner Teil, erläu-
tert von Brändl und Coing, 11.Aufl., Berlin 1957; V.Band,
Erbrecht, 1.Teil, 10.Aufl., München und Berlin 1937
- S t e i n - J o n a s - S c h ö n k e - P o h l e
Friedrich Stein, Martin Jonas, Adolf Schöнке, Kommentar
zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., bearbeitet von Rudolf
Pohle, Band I und II, Tübingen 1953/56
- S t e i n - J o n a s - P o h l e
Friedrich Stein, Martin Jonas, Rudolf Pohle, Kommentar
zur Zivilprozeßordnung, 19.Aufl., Band I, erschienen Lie-
ferung 1 und 2, Tübingen 1964, Lieferung 3, Tübingen 1965
- S ü s s, Theodor
Ist die Klageerhebung eine Prozeßvoraussetzung? ZZP 54
(1929), 12 ff.
- S ü s s, Theodor
Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzel-
nen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, in:
Festgabe für Paul Heilborn, Breslau 1931, S. 125 ff.

S y d o w - B u s c h

Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, erläutert von R. Sydow, L. Busch, fortgeführt von W. Krantz, Fr. Triebel, 22 Aufl., Berlin und Leipzig 1941

T h o m a s - P u t z o

Heinz Thomas, Hans Putzo, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1965

W a c h, Handbuch

Adolf Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885

W a l s m a n n, Hans

Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102 (1907), 1 ff.

W a l t e r, Dissertation

Franz Walter, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Dissertation, Breslau 1931

W a p l e r, Wolfgang

Nichtrechtsfähige Vereine als Kläger im Zivilprozeß, NJW 1961, 439 ff.

W a s s e r m a n n, Rudolf

Die Richterablehnung gemäß §§ 42 ff. ZPO in der Rechtsprechung der Berliner Zivilgerichte, JR 1961, 401 ff.

W e b e r, Friedrich

Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium Generale 1960 (13. Jahrg.), S. 183 ff.

W e i s m a n n

Jakob Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Band, Stuttgart 1903

W e r n e r, Alfred

Willensmängel bei Prozeßhandlungen, Grünhut 41 (1915), 337 ff.

W i e c z o r e k

Bernhard Wieczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, 6 Bände, Berlin 1957 ff. und Band VII, Nachträge, Berlin 1963

Die ohne Angabe des Gesetzes zitierten Paragraphen sind Bestimmungen der ZPO.

§ 1 Einleitung

Für das Gericht und für die Parteien ist es von großer praktischer Bedeutung zu wissen, welche Folgen sich aus der Verletzung einer Verfahrensvorschrift ergeben, und wie diese für die einzelne Partei und den reibungslosen Ablauf des Verfahrens nachteiligen Folgen wieder beseitigt werden können. Das beste Recht kann der Partei nichts nützen, wenn seine Durchsetzung im Prozeß an Verfahrensverstößen scheitert.

Die ZPO kennt nur wenige Bestimmungen, die vergleichbar den §§ 104 ff. BGB regeln, welche Folgen sich aus der Verletzung von prozessualen Normen ergeben (vgl. §§ 40 I, 519 b I, 554 a I). Deshalb mußte die Prozeßrechtswissenschaft die für fehlerhafte Prozeßhandlungen geltenden Wertungen entwickeln und dadurch der Regelung der Einzelfälle in der Praxis vorarbeiten. Gleichzeitig ergab sich die Aufgabe, aus den in der ZPO verstreuten, der Fehlerbeseitigung dienenden Vorschriften Grundsätze dafür zu entwickeln, ob und wie im konkreten Fall der für die Prozeßbeteiligten nachteilige Verfahrensverstoß beseitigt werden kann.

In der modernen Prozeßrechtslehre hat das Problem der spezifisch prozessualen Wertungen seit den grundlegenden Arbeiten von Sauer¹⁾ und Goldschmidt²⁾ mehrfach eine monographische Behandlung erfahren, gehört aber dennoch, wie Niese feststellt³⁾, zu den ungeklärtesten Fragen des Prozeßrechts. Die für die Praxis mindestens ebenso wichtige Frage der Heilung ist in grundsätzlicher Form bisher nur von Sauer⁴⁾ und

1) Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919

2) Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925

3) Prozeßhandlungen, S. 82

4) Grundlagen, S. 501 ff. (505 ff.); Prozeßrechtslehre, § 14 (§ 14 III 2 c; IV 2 f)

Göcker¹⁾ behandelt worden²⁾. Goldschmidt³⁾, Niese⁴⁾ und E. Schmidt⁵⁾ haben die von ihnen entwickelten prozessualen Wertkategorien für die Frage der Heilung nicht nutzbar gemacht⁶⁾. Da sich auch die meisten Lehrbücher⁷⁾ und Kommentare⁸⁾ zur ZPO auf eine Aufzählung der Heilungsmöglichkeiten und eine Erläuterung der einzelnen Heilungsbestimmungen beschränken, ist es nicht verwunderlich, daß die Rechtsprechung in der Kasuistik der Einzelfälle verharret und mit widersprüchlicher Begründung und unbefriedigenden Ergebnissen die Frage der Heilung fehlerhafter Prozeßhandlungen zu lösen versucht.

Deshalb soll es das Ziel dieser Arbeit sein, in dem Streit um die prozessualen Wertungen erneut Stellung zu beziehen und gleichzeitig die sich aus der Fehlerhaftigkeit einer Prozeßhandlung ergebende Frage der Heilung neu zu durchdenken. Aus den von Baumgärtel⁹⁾

-
- 1) Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß, Dissertation Jena 1933
 - 2) Beide legen den Schwerpunkt ihrer Untersuchung auf verschiedene Gesichtspunkte der Heilung. Während Sauer die Heilungsmöglichkeiten in ihrer Abhängigkeit von den prozessualen Wertungen behandelt, stellt Göcker die Untersuchung der einzelnen Heilungsmöglichkeiten und des ihnen gemeinsamen Prinzips in den Vordergrund.
 - 3) S. 364 ff.
 - 4) Prozeßhandlungen, S. 82 ff.
 - 5) Lehrkommentar, Nr. 227 ff, S. 138 ff.
 - 6) Auch die Dissertation von Luxenberg: Zur Lehre von den mangelhaften Parteihandlungen im Zivilprozeß und ihrer Heilung, Erlangen 1935, beschränkt sich im wesentlichen auf die Untersuchung einzelner Mängel und ihrer Heilung, ohne jedoch aus der Einzeluntersuchung irgendwelche Folgerungen für die Frage der Heilung im allgemeinen zu ziehen.
 - 7) De Boor-Erkcl, S. 79; Bruns, S. 88; Lent-Jauernig, § 30 II; Nikisch, § 61 II u. III; Rosenberg, §§ 74 III, 75; vgl. aber die ausführliche Darstellung der Klagmängel und ihre Heilung bei Blomeyer, § 44.
 - 8) Baumbach-Lauterbach, zu § 295; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, zu § 295; Stein-Jonas-Pohle, XI 3 1 vor § 128, § 56 I, § 78 I 4, 88 IV, 89 V; Sydow-Busch, zu § 295; Wieczorek, zu § 295
 - 9) Prozeßhandlung, S. 1 f.

dargelegten Gründen beschränkt sich die Untersuchung auf fehlerhafte Parteihandlungen im Erkenntnisverfahren und deren Heilungsmöglichkeiten.

Im einzelnen soll versucht werden, die Frage der Heilbarkeit eines Fehlers im Zusammenhang mit seiner Bewertung zu sehen. Daß zwischen der Bewertung eines fehlerhaften Rechtsakts und der Möglichkeit seiner Heilung ein Zusammenhang besteht, zeigt ein Blick in das Zivilrecht, wo die Bewertung eines Privatrechtsgeschäfts als nichtig im Gegensatz zu seiner Unwirksamkeit gerade dadurch von Bedeutung ist, daß erstere grundsätzlich nicht, letztere aber sehr wohl durch Heilung voll wirksam werden kann. Außerdem erheben die von der modernen Prozeßrechtslehre entwickelten prozessualen Wertkategorien den Anspruch, "für alle Probleme des Prozesses brauchbare Maßstäbe und Lösungsmöglichkeiten"¹⁾ zu bieten, so daß es berechtigt erscheint, die von der Wertungslehre entwickelten Wertkategorien daraufhin zu untersuchen, was sie für die Lösung des Heilungsproblems beitragen können. Dieser kritische Überblick über die Lehre von den fehlerhaften Prozeßhandlungen soll im ersten Teil der Arbeit gegeben werden. Zugleich damit wird die Grundlage für eine Behandlung des Wertungs- und Heilungsproblems auf einem eigenen methodisch begründeten Weg gelegt. Im zweiten Teil sollen Bewertung und Heilung bei typischen Fehlergruppen im einzelnen untersucht und daraus Folgerungen für die prozessualen Wertkategorien und die Heilbarkeit abgeleitet werden. Die Kategorisierung und begriffliche Erfassung der gefundenen Einzelergebnisse wird im dritten Teil der Arbeit vorgenommen.

1) Niese, Prozeßhandlungen, S. 39

I. Teil Die prozessualen Wertkategorien und ihre Bedeutung
für die Heilbarkeit von Prozeßhandlungen

§ 2 Der Begriff der fehlerhaften Prozeßhandlung
und der Heilungsbegriff

I. Der Prozeßhandlungsbegriff

Über den Begriff der Prozeßhandlung herrscht viel Streit. Beinahe jede Arbeit über fehlerhafte Prozeßhandlungen beginnt mit der Aufstellung eines eigenen Prozeßhandlungsbegriffs¹⁾. In neuerer Zeit hat Baumgärtel²⁾ den Prozeßhandlungsbegriff einer eingehenden Untersuchung unterzogen und ihn in methodischer, dogmatischer und praktischer Hinsicht einer weitgehenden Klärung zugeführt. Er definiert die Prozeßhandlung als "jedes äußere, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestandes besteht, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozeß eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert"³⁾.

Da es nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist, in den Streit um den Prozeßhandlungsbegriff einzugreifen, soll die Definition Baumgärtels zugrunde gelegt werden. Sein Prozeßhandlungsbegriff ist für den Untersuchungszweck dieser Arbeit besonders geeignet, weil in dem Begriff "die funktionelle Bedeutung der Prozeßhandlung für Prozeßzweck und Prozeßentwicklung"⁴⁾ zum Ausdruck kommt, die nach ver-

-
- 1) siehe die Arbeiten von Niese, Prozeßhandlungen, S. 82 ff., Siegert, Prozeßhandlungen, S. 18 ff., und die Dissertationen von Luxenberg, S. 10 ff. und Walter, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Breslau 1931, S. 1 ff.
 - 2) Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt 1957
 - 3) Prozeßhandlung, S. 291; ähnlich jetzt Stein-Jonas-Pohle, XI 1 c vor § 128; vgl. zu dem Prozeßhandlungsbegriff von Baumgärtel Bruns JZ 1959, 204
 - 4) Prozeßhandlung, S. 286

breiteter Ansicht erst eine systematische Einteilung der Prozeßhandlungen ermöglicht und "die Grundlage für eine spezifisch prozeßrechtliche Wertungslehre"¹⁾ abzugeben vermag.

II. Der Fehlerbegriff

Eine Prozeßhandlung ist dann fehlerhaft oder mangelhaft, wenn sie gegen Verfahrensvorschriften der ZPO verstoßen hat, d.h. wenn sie nach der Person oder den Fähigkeiten des Handelnden, nach Form oder Inhalt dem Prozeßgesetz nicht entspricht²⁾.

Nicht in den Kreis der Fehlerhaftigkeit ist die inhaltliche Unrichtigkeit einer Prozeßhandlung einzubeziehen³⁾. Für die Frage der Heilung sind nur die auf einem Verstoß gegen prozessuale Formvorschriften beruhenden Fehler, nicht auch die die Begründetheit berührenden Mängel einer Prozeßhandlung von Bedeutung (vgl. § 295).

Mit diesem rein formalen Begriff des Fehlers ist aber noch nichts über die Folgen desselben ausgesagt. Manche Prozeßverstöße lassen die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung überhaupt unberührt. Hierher gehört die Verletzung derjenigen Vorschriften, die nur sogenannte Ordnungs- oder Sollvorschriften darstellen, wie z.B. § 253 III. Im Hinblick auf die Heilung einer Prozeßhandlung interessieren hier nur die Fehler, die die Prozeßhandlung irgendwie unwirksam machen, indem sie die ihr vom Gesetz beilegenden Wirkungen mindern oder ganz aufheben.

Mit dieser ganz allgemeinen Umschreibung der Fehlerfolge sind aber Art und Umfang der Wirkungsminderung noch nicht genügend gekennzeichnet.

1) E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 211, S. 129;
vgl. auch Niese, Prozeßhandlungen, S. 89

2) Vgl. Rosenberg, § 74 I

3) Nikisch, § 61 I 1

Der ZPO ist eine allgemeine Regelung der Prozeßhandlungen unbekannt. Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß es auch an einer ausdrücklichen und grundsätzlichen Regelung der Frage fehlt, wie ein Fehler auf die von ihm betroffene Prozeßhandlung im konkreten Falle wirkt. Nur in Einzelfällen ist der Rechtsnachteil für den Fall eines Prozeßverstoßes ausdrücklich festgelegt. Deshalb hat es die Prozeßrechtswissenschaft seit Anfang dieses Jahrhunderts unternommen, die für fehlerhafte Prozeßhandlungen gültigen prozessualen Fehlerformen oder "Wertungen"¹⁾ zu entwickeln und durch Aufstellen von "Wertkategorien"²⁾ der Regelung der Einzelfälle vorzuarbeiten.

Ein kritischer Überblick über die in der Lehre entwickelten Wertkategorien soll zeigen, inwieweit in dieser Frage bisher Übereinstimmung erzielt werden konnte, und ob die moderne Wertungslehre allen Problemen, die sich aus der Fehlerhaftigkeit einer Prozeßhandlung ergeben, in ausreichendem Maße Rechnung getragen hat.

III. Der Heilungsbegriff

An die Bestimmung des Fehlerbegriffs schließt sich die vor allem für die Parteien wichtige Frage an, ob und auf welche Weise der Fehler einer Prozeßhandlung beseitigt und die volle Wirksamkeit der Prozeßhandlung wieder hergestellt werden kann. Die ZPO enthält eine Reihe von Vorschriften, die der Beseitigung von Fehlern der Prozeßhandlungen dienen, damit diese nicht den Parteien zum Schaden gereichen und der

1) Dieser Begriff findet sich bei Sauer, Grundlagen, S. 105 ff., 437 ff. und bei Goldschmidt, S. 364 ff.

2) Diesen Begriff gebrauchen Niese, Prozeßhandlungen, S. 57 ff., 82 ff. und E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 227 ff., S. 138 ff.

weiteren Durchführung des Verfahrens oder einer Entscheidung in der Sache selbst im Wege stehen. Solche Vorschriften finden sich über die ganze ZPO verstreut. Sie sind teils grundsätzlicher Natur wie z.B. § 295 oder die Genehmigung bei dem Mangel einer Prozeßhandlungsvoraussetzung, vgl. §§ 89 II, 551 Nr. 5, 579 I Nr. 4 und teils speziellen Charakters wie z.B. § 187, der nur für Zustellungsmängel gilt. Die von Lehre¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ gebrauchte Bezeichnung "Heilung" findet sich in diesen Vorschriften nicht³⁾, kennzeichnet aber die Wirkungsweise dieser Bestimmungen in ausreichendem Maße. Denn ihnen ist gemeinsam, daß der der Prozeßhandlung anfänglich anhaftende Fehler durch ein bestimmtes Verhalten der Prozeßbeteiligten nachträglich wegfällt, so daß die der Prozeßhandlung vom Prozeßgesetz beigelegte Wirkung eintreten kann. Ein Begriff der Heilung oder eine grundsätzliche Bestimmung über ihre Wirkung (ex nunc oder ex tunc) findet sich aber im Gesetz nicht. Als erster hat wohl Göcker die einzelnen Heilungsvorschriften einer eingehenden Untersuchung unterzogen und aus den verstreuten Heilungsbestimmungen einen Heilungsbegriff entwickelt, der alle gesetzlichen Fälle der Heilung umfaßt. Er hat die Heilung definiert als das grundsätzlich rückwirkende Wegfallen eines Prozeßmangels durch ein auf Beseitigung des Mangels gerichtetes Verhalten eines Prozeßbeteiligten (Partei oder Gericht) oder eines Dritten oder dadurch, daß der Mangel unmittelbar kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf einen dahingehenden Willen unbeachtlich wird⁴⁾.

1) siehe z.B. Blomeyer, § 33 III; Rosenberg, § 74 III, u.v.a.

2) Vgl. RGZ 14, 339 und ständig

3) siehe aber § 1027 I 2

4) Dissertation, S. 9

Dieser Definition ist insofern zuzustimmen, als sie es ermöglicht, die Fälle echter Heilung von denen der bloßen Wiederholung oder Nachholung einer Prozeßhandlung zu scheiden. Damit wird der Heilung ein fest umrissener Kreis von Möglichkeiten der Fehlerbeseitigung zugewiesen, für die kennzeichnend ist, daß der Fehler grundsätzlich rückwirkend wegfällt, während bei Wiederholung und Nachholung einer Prozeßhandlung niemals eine Rückwirkung eintreten kann. Denn die Wiederholung bedeutet nichts anderes als die Neuvernahme einer bisher fehlerhaften Prozeßhandlung, und die Nachholung nichts anderes als die Neuvernahme einer bisher fehlenden Handlung oder eines fehlenden Teils einer Prozeßhandlung. Beide können aber erst von dem Augenblick an wirken, an dem sie vorgenommen werden¹⁾.

Aus dieser Definition kann aber nicht für alle Fälle der Heilung eine Rückwirkung des Heilungseintritts gefolgert werden. Ob im Einzelfall eine Rückwirkung der Heilung erfolgt oder nicht, kann nicht allgemein, sondern nur nach eingehender Untersuchung der einzelnen Heilungsbestimmungen und der einzelnen Heilungsfälle geklärt werden. Immer muß aber die Möglichkeit der Rückwirkung zumindest denkbar sein, wenn nicht ein Fall der Mängelbeseitigung aus dem Kreis der echten Heilungsmöglichkeiten ausscheiden soll²⁾.

Besonders auch aus praktischen Gründen empfiehlt es sich nicht, Wiederholung und Nachholung in den Kreis der Heilungsmöglichkeiten einzubeziehen. Wenn mit der Vornahme einer Prozeßhandlung, z.B. der Klageerhebung, die Verjährung unterbrochen (§ 209 BGB) oder eine Klagausschlußfrist (z.B. §§ 35 EheG, 41 KO, 3 KSchG, 12 VVG, früher auch § 143 DBG) gewahrt wer-

1) Göcker, Dissertation, S. 17, 55, 77; Lent-Jauernig, § 30 II 1

2) Göcker, S. 19; vgl. auch Hellwig, System § 173 IV; a.A. Rosenberg, § 74 III, der auch die Wiederholung einer Prozeßhandlung zu den Heilungsmöglichkeiten zählt.

den soll, die Prozeßhandlung sich aber nach Ablauf der Frist bzw. Eintritt der Verjährung als so fehlerhaft erweist, daß diese Wirkungen nicht eingetreten sind, interessieren die Partei nur die Möglichkeiten der Beseitigung des Fehlers, die eine rückwirkende Heilung herbeiführen und zur Verjährungsunterbrechung oder zur Wahrung der Klagefrist führen. Die Wiederholung, die nur von der Vornahme der Prozeßhandlung an wirkt, kann hier der Partei nach Fristablauf nicht helfen. Wiederholung und Nachholung sind für die Partei auch insofern ungünstig, als in der Regel vertagt werden muß, um die Vornahme der Prozeßhandlung zu ermöglichen, was zu einer erheblichen Verzögerung des Rechtsstreits führen kann. Dagegen kann nach der Heilung einer Prozeßhandlung der Rechtsstreit ohne weiteres fortgesetzt werden.

In dem Heilungsbegriff Göckers werden die Heilungsfälle danach unterschieden, ob der Fehler durch die Heilung beseitigt oder nur unbeachtlich wird¹⁾. Diese Unterscheidung wird zwar durch den Wortlaut des § 295 nahegelegt²⁾, aber eine Hervorhebung und scharfe Gegenüberstellung der beiden Heilungsfälle wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es praktisch bedeutsam ist, daß einerseits der Fehler nicht mehr besteht, andererseits als solcher zwar bestehen bleibt, aber lediglich seiner nachteiligen Folgen entkleidet wird und nicht mehr wirkt³⁾. Denkbar wäre es, daß der Mangel im Falle der Heilung durch Unbeachtlichwerden des Fehlers nur seine nachteiligen

1) Diesen Unterschied betont auch Rosenberg, § 74 III

2) vgl. die Formulierung: "Die Verletzung... kann nicht mehr gerügt werden", die darauf hindeutet, daß zwar der Fehler noch vorhanden, aber durch Ausschluß der Rüge nicht mehr beachtlich ist.

3) Zur Bedeutung dieser Unterscheidung im canonischen Prozeßrecht siehe Baumgärtel, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 1954, 192

prozessualen Folgen verliert, aber weiter in das Gebiet des materiellen Rechts hineinstrahlen würde. Man denke nur daran, daß die materiell rechtlichen Nebenwirkungen der Rechtshängigkeit im Falle des bloßen Unbeachtlichwerdens des Klagemanns nicht oder nicht in vollem Umfange eintreten könnten. Ob dies der Fall ist, wird erst die Einzeluntersuchung der Heilungsfälle ergeben können. Erst danach kann auch der Heilungsbegriff definiert werden.

Um einen Überblick über die für fehlerhafte Prozeßhandlungen in Betracht kommenden Heilungsmöglichkeiten zu geben, sollen diese im folgenden kurz in ihren Voraussetzungen und Wirkungen beschrieben werden. Dabei interessieren nur die Heilungsmöglichkeiten, die die Heilung fehlerhafter Parteihandlungen regeln, während die Heilung von Prozeßvoraussetzungen, z.B. §§ 39, 274 III oder von Gerichtshandlungen außerhalb der Betrachtung bleiben müssen.

§ 3 Die Heilungsmöglichkeiten fehlerhafter Prozeßhandlungen in Voraussetzungen und Wirkungen

I. Die Heilung verzichtbarer Formfehler gemäß § 295

Der praktisch wichtigste Heilungsfall ist die Heilung verzichtbarer Formfehler durch Verzicht oder Versäumung der Rüge gemäß § 295, die in den höheren Instanzen gemäß §§ 530, 558 fort dauert.

Von Süss¹⁾ und Reiner²⁾ ist gelehrt worden, daß es sich bei § 295 um einen Fall der Heilung handelt. Die unter diese Bestimmung fallenden Fehler einer Prozeßhandlung bedürften keiner Heilung, weil der Fehler solange unbeachtlich sei, bis ihn der Gegner

1) ZZP 54, 40 f.

2) Dissertation, S. 27

geltend mache. Durch den Verzicht verliere der Gegner lediglich sein Rügerecht, ohne damit den Mangel als solchen zu heilen.

Der unter § 295 fallende Fehler einer Prozeßhandlung ist jedoch keineswegs bis zur Rüge rechtlich unbeachtlich, sondern er ist vorhanden und macht die Prozeßhandlung zum Nachteil der handelnden Partei irgendwie unwirksam. Anders wäre es nicht zu erklären, daß schon vor der Rüge des Gegners die fehlerhafte Prozeßhandlung heilen kann, z.B. gemäß § 187 durch Beschluß nach dem Ermessen des Gerichts, was nicht möglich wäre, wenn bis zur Rüge der Fehler unbeachtlich, die Prozeßhandlung also voll wirksam sein würde. Wo ein Fehler nachträglich geheilt werden kann, wird gerade dadurch seine Existenz bestätigt. Wenn man der Ansicht von Süss und Reiner folgt, würden der fehlerhaft handelnden Partei die Heilungsmöglichkeiten vor Rüge des Gegners abgeschnitten.

Unter den Voraussetzungen des § 295 tritt also eine echte Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlung ein.

Der Verzicht auf die Geltendmachung des Fehlers und die Unterlassung der Rüge bilden nach jetzt herrschender Lehre zwei selbständige Heilungsmöglichkeiten¹⁾. Nach der noch vom Reichsgericht vertretenen Ansicht enthielt die Unterlassung der Rüge einen stillschweigenden Verzicht, so daß zum Eintritt dieser Heilungsmöglichkeiten ein entsprechender Verzichtswille erforderlich war²⁾. Diese Ansicht ist schon deshalb abzulehnen, weil nach dem Wortlaut des § 295 das Rügerecht auch verlorengeht, wenn eine Partei bei fahrlässiger Unkenntnis des Fehlers nicht rügt, einen

1) z. B. Baumbach-Lauterbach, § 295 2 C; Stein-Jonas Schönke-Pohle, § 295 III 2; Wieczorek, § 295 C II c und seit BGHZ 25, 71 = JZ 1958, 58 mit zustimmender Anm. von Rosenberg, ständige Rechtsprechung
2) RG JW 1899, 742 Nr. 9; RG Seuff.Arch 86 Nr. 72; RGZ 103, 338; Göcker, Dissertation, S. 24 Anm.3

Verzichtswillen also gar nicht haben kann¹⁾. Es handelt sich also um eine selbständige Heilungsmöglichkeit, die zwar den Eintritt der Heilung von einem bestimmten Verhalten des Gegners abhängig macht, aber in ihren Voraussetzungen mit der Heilung durch Verzicht, § 295 erster Fall, nichts zu tun hat. Der Verzicht muß dem Gericht gegenüber in der mündlichen Verhandlung stillschweigend oder ausdrücklich erklärt werden²⁾. In dieser Voraussetzung sieht Oertmann eine nicht gerechtfertigte Beschränkung des Anwendungsbezirks der Heilung durch Verzicht. Er will deshalb den Verzicht auch außerhalb der mündlichen Verhandlung dem Gegner gegenüber zulassen³⁾.

Wenn sich auch aus dem Wortlaut des § 295 diese Beschränkung auf die mündliche Verhandlung nicht ergibt⁴⁾, folgt sie doch aus dem Zweck dieser Heilungsvorschrift. Ohne dieses Erfordernis könnte die von dem Fehler betroffene Partei der Rüge des Gegners entgegenhalten, daß dieser ihr gegenüber vor der Verhandlung auf die Geltendmachung des Fehlers verzichtet habe und folglich nicht mehr rügen könne. Damit böte sich der Partei ein geeignetes Mittel zur Prozeßverschleppung, die durch die Heilungsmöglichkeit des § 295 gerade verhindert werden soll. Ein vorgängiger Verzicht auf die Geltendmachung noch nicht entstandener Mängel ist ebenfalls nicht möglich⁵⁾.

Voraussetzung für den zweiten Heilungsfall des § 295 ist, daß die rügeberechtigte Partei in der nächsten mündlichen Verhandlung, die aufgrund des betreffenden Verfahrens stattfindet oder in der auf dasselbe

1) Rosenberg, JZ 1958, 60 (Anm.)

2) h.L., z.B. Rosenberg, § 75 II 2 a; Göcker, Dissertation, S. 24; Hellwig, System, § 173 V 2 a; RG WarnRsp 1937 Nr. 140

3) ZZP 48, 451 f.; ebenso KG Rsp 17, 152; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 295 III 1

4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 295 III 1

5) Göcker, Dissertation, S. 24; RG WarnRsp 1937 Nr. 140

Bezug genommen wird, erscheint, verhandelt und daß sie bis zum Schluß der Verhandlung nicht rügt, obwohl ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Bei fahrlässiger Unkenntnis der Partei ist der Richter grundsätzlich nicht nach § 139 verpflichtet, die Partei auf die Rügemöglichkeit hinzuweisen¹⁾. Etwas anderes muß nur dann gelten, wenn die Partei im Amtsgerichtsprozeß nicht anwaltlich vertreten ist oder wenn sie durch die Entscheidung des Gerichts in unzulässiger Weise überrascht würde²⁾.

Kein Raum für eine Heilung nach § 295 ist bei Verletzung derjenigen Vorschriften, "auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann", § 295 II. Die Abgrenzung der verzichtbaren von den unverzichtbaren Fehlern wird überwiegend danach vorgenommen, ob die Vorschrift vorwiegend dem öffentlichen oder dem Parteiinteresse dient³⁾. Wenn auch die Abgrenzungskriterien im einzelnen streitig sind⁴⁾, hat sich doch zu den hauptsächlichen Fehlergruppen eine feste Rechtsprechung gebildet. Für den Rahmen dieser Arbeit genügt die Feststellung, daß überwiegend die Vorschriften über den Inhalt der Klageschrift (§ 253 II)⁵⁾, die Zustellung, die Ladung und die Einlassungsfrist⁶⁾ als verzichtbar, die Vorschriften über die Partei-, Prozeß-, Postulationsfähigkeit und über die Legitimation des Vertreters⁷⁾ dagegen als unverzichtbar angesehen werden.

Grundsätzlich tritt die Heilung mit rückwirkender Kraft, d.h. von der Vornahme der fehlerhaften Prozeßhandlung an, ein⁸⁾. In einzelnen Fällen jedoch wird

1) BGHZ 25, 72; BGH JZ 1958, 60 f.

2) Rosenberg, § 75 II 2 b; BGHZ 25, 72; BGH JZ 1958, 60 f.

3) Rosenberg, § 75 I 2; Lent-Jauernig, § 30 II 3; Baumgärtel, ZZP 69, 111; Göcker, Dissertation, S. 26 f.

4) Göcker, Dissertation, S. 27.

5) Blomeyer, § 33 III 3; BGHZ 22, 257; dazu näher unten S. 139 ff.

6) h.L. Lent-Jauernig, § 30 II 3

7) h.L. Rosenberg, § 75 I 2

8) Baumbach-Lauterbach, § 295 1 B; Rosenberg, § 75 III; Goldschmidt, Lehrbuch, § 53, 3

von Schrifttum und Rechtsprechung die Rückwirkung verneint und nur Heilung von der dem Fehler folgenden mündlichen Verhandlung an, also ex nunc, zuge-lassen; so z.B. wenn eine Klage, die innerhalb einer bestimmten Frist zu erheben ist, nicht den Erforder-nissen des § 253 II entspricht. Dann soll die rüge-lose Einlassung nach Fristablauf nicht genügen, um die Frist zu wahren¹⁾. Die Begründung dafür, daß die Heilung nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Prozeßhandlung zurückwirkt, ist widerspruchsvoll. Während es der BGH einmal mit dem besonderen Zweck der Ausschlußfrist begründet²⁾, sieht er in einer anderen Entscheidung zur Unterbrechung der Verjährung als maßgeblich an, daß ein wesentliches Erfor-dernis der Klageschrift fehle und damit eine Klage im Rechtssinn gar nicht vorliege³⁾. Die letztere Begründung zeigt, daß es hier letztlich nicht um das Problem der Rückwirkung geht, sondern darum, ob bei inhaltlichen Fehlern der Klageschrift eine Heilung möglich ist oder ob vielmehr diese Fehler der Klage nicht so schwer wiegen, daß eine Heilung über-haupt nicht eintreten kann. Diese Frage führt in den Bereich der Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen, was eine Klärung der im allgemeinen für Prozeßhandlungen geltenden Wertkategorien erforderlich macht.

II. Die Heilung durch Genehmigung

Für die Heilung des Mangels einer persönlichen Pro-zeßhandlungsvoraussetzung gebraucht man die techni-sche Bezeichnung "Genehmigung", deren Möglichkeit sich teils aus dem Gesetz ergibt (§§ 89 II, 551 Nr. 5,

1) Blomeyer, § 33 III 3; § 44 III 1; Rosenberg, § 91 III 2; BGHZ 22, 257; 25, 76; LM Nr. 12 zu § 295

2) so in BGHZ 22, 257 zu § 143 DBG; ebenso Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 253 IV 1

3) BGH LM Nr. 16 zu § 253 mit Anm. von Pagendarm

579 I Nr. 4), teils als "unsystematische Möglichkeit" von der Lehre entwickelt worden ist¹⁾.

Die Genehmigung ist ebenfalls eine Prozeßhandlung und hat nichts mit der Genehmigung des bürgerlichen Rechts nach §§ 108, 177, 182 ff. BGB zu tun, die auch nicht entsprechend anwendbar sind²⁾. Sie unterscheidet sich von dem Verzicht nach § 295 dadurch, daß dieser stets n u r von dem Gegner der handelnden Partei ausgeht, jene dagegen meist von der handelnden Partei selbst oder im Falle der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter bei Prozeßunfähigkeit auch von einem Dritten³⁾.

Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend etwa durch Fortsetzung des Prozesses durch den prozeßfähig Gewordenen⁴⁾ oder durch Fortführung des von dem vollmachtlosen Vertreter begonnenen Prozesses durch die vertretene Partei selbst⁵⁾ erklärt werden. Sie kann jederzeit, auch noch in der Revisionsinstanz oder selbst nach Rechtskraft des Urteils noch erfolgen (vgl. § 579 I Nr. 4), und steht im Belieben des Berechtigten⁶⁾. Die Genehmigung der Prozeßführung des vollmachtlosen Vertreters durch den Vertretenen kann sowohl dem Gericht wie dem Gegner oder selbst dem Vertreter gegenüber erfolgen, da auch die Vollmacht gegenüber diesen Beteiligten erteilt werden kann⁷⁾. Die Genehmigung der Prozeßhandlungen

1) Lent-Jauernig, § 20 IV A

2) KG Rsp 15, 153; BGHZ 41, 107 mit weiteren Nachweisen für die Genehmigung bei Prozeßunfähigkeit; RGZ 64, 217 zur Genehmigung des Vertretenen; a.A. Rosenberg, § 50 II 1, der Vollmacht und Genehmigung zu den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts zählt.

3) Rosenberg, § 75 II 2 a

4) RG WarnRsp 1938 Nr. 40; RGZ 126, 263

5) Stein-Jonas-Pohle, § 89 V 2

6) RG WarnRsp 1938 Nr. 131; vgl. auch Stein-Jonas-Pohle, § 80 II 8

7) Stein-Jonas-Pohle, § 89 V 2; a.A. Hellwig, Lehrbuch 2, S. 428 f.; Nikisch, § 34 II 2; gegen diese, Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 175 Anm. 201

des Prozeßunfähigen kann dem Gegner oder dem Gericht gegenüber erfolgen¹⁾. Wieczorek hält dagegen die Erteilung nur gegenüber dem Gericht für zulässig²⁾. Er muß aber dann eine Ausnahme machen, wenn die Genehmigung nach Erlaß oder nach Rechtskraft eines Urteils erfolgt, da die Genehmigung in diesen Fällen naturgemäß nur gegenüber dem Gegner abgegeben werden kann. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb in den übrigen Fällen die Genehmigung wie im Falle der vollmachtlosen Vertretung nicht auch dem Gegner gegenüber erklärt werden kann. Die Genehmigung hat grundsätzlich rückwirkende Kraft³⁾. Nur im Falle der Postulationsunfähigkeit wird überwiegend angenommen, daß die Genehmigung nicht rückwirkend heilt⁴⁾.

Teilweise wird die durch diesen Fehler betroffene Prozeßhandlung als unheilbar wirkungslos angesehen⁵⁾ und nur die Neuvornahme zugelassen. Dies ist aber ein Wertungsproblem, das ein Eingehen auf die prozessualen Wertkategorien notwendig macht.

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Genehmigung die Prozeßführung als Ganzes zum Gegenstand haben muß⁶⁾. Wenn man auch grundsätzlich annehmen muß, daß eine Teilung der Genehmigung nach Prozeßabschnitten, nach Instanzen oder einzelnen Prozeßhandlungen ausgeschlossen ist, fragt es sich doch, ob nicht die besondere prozessuale Situation eine Ausnahme bei den Prozeßhandlungen erfordert, die das Verfahren beenden, wie Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittel-

1) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 339; Rosenberg, § 42 III 1 b, § 43 III 2

2) § 56 B III b 1

3) h.L., z.B. Rosenberg, § 42 III 1 b; RG JW 1915, 36; RGZ 90, 87; BGH LM Nr. 10 zu § 209 BGB

4) Blomeyer, § 8 IV 3, § 44 III 1; Stein-Jonas-Pohle, § 78 I 4; BVerfGE 8, 94

5) Dahns, NJW 1954, 101; Lent-Jauernig, § 20 V

6) so Lent-Jauernig, § 20 II, 20 IV A; RGZ 110, 230; siehe aber Stein-Jonas-Pohle, § 89 V 2

zurücknahme. Darauf ist erst näher bei der Behandlung der einzelnen Mängel und ihrer Heilung einzugehen¹⁾.

III. Die Heilung durch Eintritt eines nachträglichen Ereignisses

Als selbständige außergesetzliche Heilungsmöglichkeit kommt die Heilung durch Eintritt eines nachträglichen Ereignisses, insbesondere durch nachträglichen Wegfall des Umstandes, der die Prozeßhandlung fehlerhaft machte, in Betracht²⁾.

Bisweilen wird angenommen, daß der Mangel der Parteifähigkeit durch den Eintritt der Fähigkeit selbst, ohne Erfordernis der Genehmigung, heilt³⁾. Ebenso wird dies für Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen angenommen, wenn der Entmündigungsbeschluß, auf dem die Prozeßunfähigkeit beruhte, auf die Aufhebungsklage hin aufgehoben wird⁴⁾. Im Arbeitsgerichtsverfahren ist streitig, ob die Prozeßhandlungen eines Postulationsunfähigen, etwa eines nach § 11 I 2 AGG nicht zugelassenen Anwalts, mit Eintritt der Postulationsfähigkeit, also mit der Zulassung durch das Arbeitsgericht, ohne weiteres heilen⁵⁾.

Es ergibt sich schon aus der Natur dieser Heilungsmöglichkeit, daß bei ihr die Frage der Bewertung der fehlerhaften Prozeßhandlung eine entscheidende Rolle spielen muß. Denn durch den nachträglichen Wegfall des Fehlers kann die volle Wirksamkeit nur dann ein-

1) dazu unten S. 98 ff.

2) Diese Möglichkeit wird von Göcker, der nur die gesetzlichen Heilungsfälle behandelt, nicht erwähnt. Sie fehlt auch bei der Zusammenstellung der Heilungsmöglichkeiten bei Rosenberg, § 74 III; vgl. dagegen aber Sauer, Grundlagen, S. 506

3) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 310 Anm. 4; Lent, 9. Aufl., § 19 III 2

4) so Hellwig, Lehrbuch 2, S. 339

5) so Dietz-Nikisch, Komm. z. AGG, § 11 Anm. 81; Wieczorek, AP Nr. 3 zu § 11 (Anm.); a.A. Dersch-Volkmar, Komm. z. AGG, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955, § 11 Anm. 8

treten, wenn wenigstens dem Tatbestand nach eine Prozeßhandlung vorliegt, die lediglich durch den ihr anhaftenden Fehler ihrer Wirksamkeit entbehrt. Bewirkt der Mangel dagegen, daß die Prozeßhandlung als solche nicht entstanden ist, können sich an sie auch keine nachträglichen Wirkungen durch Wegfall des Fehlers anknüpfen¹⁾. Auch hier zeigt sich, daß die Behandlung des Heilungsproblems eine nähere Untersuchung der für fehlerhafte Prozeßhandlungen geltenden Wertkategorien erforderlich macht.

IV. Die Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 187

Die Zustellung ist zwar keine selbständige Prozeßhandlung, sondern Gerichtshandlung²⁾. Sie ist aber eine Voraussetzung des Wirksamwerdens von Prozeßhandlungen und kann zu den Formerfordernissen gezählt werden³⁾. Insofern stellt sich die Heilung des Zustellungsmangels auch zugleich als Heilung der Prozeßhandlung selbst dar, weshalb es gerechtfertigt ist, den § 187 auch als Heilungsmöglichkeit für fehlerhafte Prozeßhandlungen anzusehen.

Die Heilung von Fehlern der Zustellung gilt seit der Verordnung vom 9.10.1940 für jede Art von Zustellungen außer solchen zur Wahrung von Notfristen.

§ 187 gibt dem Gericht die Möglichkeit, die Zustellung nach freiem Ermessen⁴⁾ in dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in dem der Zustellungsempfänger das Schriftstück so erhalten hat, daß er es im Besitz hatte und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen konnte⁵⁾. Beweispflichtig dafür ist, wer aus der Zustellung

1) ebenso Sauer, Grundlagen, S. 506

2) Rosenberg, § 69 I

3) Lent-Jauernig, § 29 VI 4; Schönke-Schröder-Niese, § 34

4) BGH NJW 1952, 1376

5) Baumbach-Lauterbach, § 187 2 A; auch Göcker, Dissertation, S. 29 betont, daß die M ö g l i c h k e i t der Kenntnisnahme genügt.

Rechte herleitet. Meist wird sich der Zugang aus Erklärungen oder schlüssigen Handlungen des Zustellungsgegners ergeben¹⁾. Wenn das Gericht nach seinem freien Ermessen die Zustellung als bewirkt ansieht, bedarf es einer Entscheidung des Gerichts, die bei einem Zwischenstreit über die Zulassung der Heilung in einem Beschluß²⁾, sonst in den Entscheidungsgründen erfolgen³⁾, sich aber auch aus schlüssigen Handlungen des Gerichts ergeben kann⁴⁾.

Der Zeitpunkt der Heilung ist hier, im Gegensatz zu den oben behandelten Heilungsmöglichkeiten, ausdrücklich gesetzlich festgelegt. Heilung tritt nämlich in dem Zeitpunkt ein, in dem nach dem Ermessen des Gerichts dem Empfänger das Schriftstück mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme zugegangen ist. Deshalb kann man bei § 187 grundsätzlich weder von einer Heilung ex tunc noch von einer solchen ex nunc sprechen, weil es von dem Ermessen des Gerichts abhängt, welchen Zeitpunkt es für die Heilung des Fehlers annehmen will. Bei Fehlern des Zustellungsakts selbst, z.B. Fehlern der Zustellungsurkunde (§ 190 f.) wird als Heilungseintritt der Zeitpunkt der Zustellung in Betracht kommen, so daß praktisch eine rückwirkende Heilung eintritt. Anders liegt es, wenn der Zeitpunkt der fehlerhaften Zustellung und des Zugangs des Schriftstücks auseinanderfallen, so z.B. wenn die Zustellung an einen fälschlich bezeichneten Zustellungsadressaten erfolgt und der Empfänger die ersichtlich für einen anderen Adressaten bestimmte Sendung an diesen weitergibt. Hier tritt praktisch Heilung ex nunc, also erst mit dem Zeitpunkt ein, in welchem der falsche Zustellungsempfänger dem richtigen das Schriftstück übergibt und dieser so die Möglichkeit der Kenntnisnahme erhält.

1) Baumbach-Lauterbach, § 187 2 C

2) Baumbach-Lauterbach, a.a.O.

3) Göcker, Dissertation, S. 30

4) OLG Frankfurt, Anw.Bl. 1954, 202

Große Zweifel herrschen in Lehre und Rechtsprechung, ob § 187 auch dann anwendbar ist, wenn nicht förmlich zugestellt worden ist, sondern die Prozeßhandlung nur formlos mitgeteilt wurde, oder die Gegenpartei auf anderem Wege als durch den der Zustellung von der Prozeßhandlung Kenntnis erhalten hat.

Eine besondere Bedeutung hat in der Praxis der Fall erlangt, daß die Klage im Armenrechtsverfahren dem Gegner nur formlos zur Stellungnahme übersandt wird, obwohl die Klage neben dem Armenrechtsgesuch eine selbständige Bedeutung haben und ein Urteilsverfahren in Lauf setzen soll. Wenn das Gericht in diesem Fall gemäß § 187 die fehlende Zustellung von dem Zeitpunkt der formlosen Übersendung an als geheilt ansieht, kann der Beklagte den Zustellungsmangel nicht mehr gemäß § 295 rügen und somit den Heilungseintritt nicht verhindern. Ferner erlangt die Anwendung des § 187 praktische Bedeutung, wenn in der Zwischenzeit bis zur mündlichen Verhandlung zwischen den Parteien eine weitere Klage über denselben Streitgegenstand anhängig geworden ist. Dieser Klage könnte der Einwand der Rechtshängigkeit nur entgegenstehen, wenn das Gericht den § 187 auf die formlose Zusendung der ersten Klage anwendet. Weiterhin ist die Frage der Heilung gemäß § 187 bei formloser Übersendung der Klageschrift für die Erstattung der Prozeßkosten von Bedeutung, wenn der Kläger die Klage nach ihrer formlosen Übersendung zurücknimmt (§ 271 III).

Der BGH steht in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, § 187 sei auch bei zweckgerechter Auslegung auf den Fall nur formloser Übersendung nicht anwendbar, wenn eine Zustellung durch das Gericht nicht beabsichtigt gewesen sei¹⁾. Etwas anderes gelte nur

1) erstmals BGHZ 7, 268, zuletzt in VersR 1964, 58; ebenso OLG Hamm, Just.MBl. NRW 1955, 207; dem BGH haben sich im Schrifttum ohne nähere Begründung angeschlossen: Baumbach-Lauterbach, § 187 2 A; Blomeyer, § 32 IV 1; Rosenberg, § 72 II 3 b

dann, wenn der Richter die Zustellung zwar verfügt, die Geschäftsstelle aber versehentlich nur formlos übersandt habe¹⁾.

Demgegenüber vertritt ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur den gegenteiligen Standpunkt. Das OLG Düsseldorf²⁾, das OLG Frankfurt³⁾, das BAG⁴⁾, das IAG Hannover⁵⁾, sowie Stein-Jonas-Schönke-Pohle⁶⁾ und Wieczorek⁷⁾ lassen eine Heilung gemäß § 187 auch dann zu, wenn das zuzustellende Schriftstück, z.B. eine Klageschrift oder die Anzeige nach § 244 nur formlos übersandt und mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme in den Besitz des Empfängers gebracht worden ist. Noch weitergehend nimmt das LG Köln⁸⁾ eine Heilung gemäß § 187 schon dann an, wenn ein Mitbeklagter, dem die Klageschrift weder zugestellt noch förmlich übersandt wurde, aus der dem anderen Mitbeklagten zugestellten Klageschrift entnimmt, daß auch er verklagt werden soll.

Die ausdehnende Anwendung des § 187 auf die formlose Mitteilung der zuzustellenden Prozeßhandlung entspricht nicht dem Zweck dieser Bestimmung im Rahmen des Zustellungswesens der ZPO. So mißlich es auf der einen Seite ist, sich auf ein starres Festhalten an den Zustellungsbestimmungen zu versteifen, so mißlich ist es andererseits, mit Hilfe des § 187 das Erfordernis der Zustellung, das dem Schutze des Gegners dient, durch die bloße Mitteilung oder formlose Übersendung zu ersetzen. Der Zweck des § 187 ist es, die Zustellungsförmelei der §§ 166 ff. abzuschwächen, und zu verhindern, daß sich der Gegner zum Nachteil der Partei auf Mängel der Zustellung berufen kann, wenn

1) BGH NJW 1956, 1878

2) NJW 1951, 968

3) Anw.Bl. 1954, 201

4) AP Nr. 2 zu § 187 mit Anm. Pohle

5) AP Nr. 1 zu § 187 mit Anm. von Hueck

6) § 187 II 3 a

7) § 187 A II b 1 und Nachträge Bd. VII N I b 268

8) NJW 1961, 1478; dagegen Wieczorek, Bd. VII (Nachträge) N I b 553

deren Zweck durch Empfang und Kenntnisnahme des Schriftstücks trotz der fehlerhaften Zustellung erreicht ist. Zu weitgehend ist es jedoch, das Erfordernis der Zustellung überhaupt preiszugeben und durch die Möglichkeit der Kenntnisnahme auf jedem anderen Weg zu ersetzen, worauf die ausdehnende Auslegung des § 187 praktisch hinauszulaufen droht¹⁾. Der BGH will die Anwendung des § 187 jedoch dann zulassen, wenn zwar die Zustellung verfügt, von der Geschäftsstelle aber versehentlich nur formlos übersandt wurde²⁾.

Das Abstellen auf den Willen des Gerichts ist aber mit dem im § 187 gesetzlich zum Ausdruck gekommenen Gedanken der Zweckerreichung unvereinbar. Die Anordnung der Zustellung ist ein gerichtsinterner Vorgang, von dem der Zustellungsempfänger nichts wissen kann³⁾. § 187 stellt aber gerade auf die Zweckerreichung der Zustellung ab, die sich aus dem objektiven, nach außen sichtbaren Verhalten des Gegners ergeben muß. Ob die Zustellung durch das Gericht gewollt war, spielt für den Gesichtspunkt der Zweckerreichung keine Rolle⁴⁾. Deshalb kann auch in diesem Falle eine Heilung nicht nach § 187 eingreifen. Im einzelnen wird auf die Bewertung und Heilung dieses Zustellungsmangels bei der Untersuchung der Klagsmängel näher eingegangen sein⁵⁾.

V. Die Heilung durch Zweckerreichung

Diese Heilungsmöglichkeit wird als selbständiger außergesetzlicher Heilungsgrund von einem Teil des

-
- 1) siehe die zitierte Entscheidung des LG Köln a.a.O.; auch Stein-Jonas-Pohle, Einl. M III 2 e, sprechen sich aus Gründen der Rechtssicherheit für eine strenge Auslegung der Zustellungsvorschriften aus.
 - 2) NJW 1956, 1878
 - 3) Wieczorek, Bd. VII (Nachträge) N I b 268
 - 4) ebenso OLG Düsseldorf, NJW 1951, 968; OLG Frankfurt, Anw.Bl. 1954, 201
 - 5) dazu unten S. 152 ff.

Schrifttum¹⁾ und der Rechtsprechung²⁾ zugelassen. Sie wurde erstmals von Göcker aus einem allen Heilungsvorschriften der ZPO innewohnenden Grundsatz der Zweckerreichung überzeugend begründet und in ihrem Anwendungsbereich näher bezeichnet. Er bringt den Heilungsgrundsatz durch Zweckerreichung auf folgende Formel: "Ein nicht auf vorsätzlicher Verletzung einer unverzichtbaren Verfahrens- insbes. Formvorschrift beruhender Prozeßmangel (Formalmangel) ist von dem Augenblick an als geheilt anzusehen, in dem der Zweck der verletzten Vorschrift erreicht ist. Ob das der Fall ist, muß sich aus dem Verhalten der bisher rügeberechtigten Partei ergeben. Ohne Belang ist es, ob der Zweck durch oder ohne Veranlassung dessen, dem die mangelfreie Vornahme der Prozeßhandlung oblag, erreicht ist. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Anwendung dieses Grundsatzes liegt dem Gericht von Amts wegen ob"³⁾. Göcker gibt am Ende seiner Untersuchung der Erwartung Ausdruck, daß das Reichsgericht auf diesem Wege weiterschreiten und durch Anerkennung dieser Heilungsmöglichkeit mehr als bisher den Bedürfnissen des Prozeßverkehrs Rechnung tragen möge⁴⁾. Dennoch ist in neuerer Zeit⁵⁾ dieser selbständige Heilungsgrund in den Hintergrund getreten und wird in Schrifttum und Rechtsprechung kaum noch erwähnt⁶⁾.

1) Hellwig, System, § 112 II 1 c; Nikisch, § 43 IV 3; § 61 II 2; Rosenberg, § 74 III 2 b, 73 II 3 c; a.A. Schönke, § 31 III 5

2) vor allem RGZ 97, 165; 114, 371 zu § 593 II: der Zweck des § 593 II ist trotz Nichtwahrung der Einlassungsfrist erreicht, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung die Urkunde anerkennt, oder wenn ihm ihr Inhalt bekannt war; a.A. ein großer Teil der älteren Rechtsprechung, Nachweise bei Göcker, S. 68 ff.

3) Dissertation, S. 62

4) Dissertation, S. 75

5) Die Dissertation Göckers stammt aus dem Jahre 1933.

6) Nicht erwähnt wird diese Heilungsmöglichkeit bei Baumbach-Lauterbach, § 295, Blomeyer, § 33 III, Lent-Jauernig, § 30 II; in neuerer Zeit hat sich ausdrücklich dafür Baumgärtel, ZZP 69, 114 ausgesprochen.

Einerseits liegt dies an der Erweiterung der Heilungsmöglichkeiten für Zustellungsmängel durch die Neufassung des § 187¹⁾, andererseits an der immer freieren Auslegung der Zivilprozeßnormen durch Lehre und Rechtsprechung²⁾. Weiterhin dürften im Bereich der Ladungsvorschriften die früher häufig vorkommenden Mängel³⁾ kaum noch praktisch werden, da die Ladungen heute von Amts wegen in der Regel formularmäßig vorgenommen werden.

Angesichts dieser Entwicklung scheint der Heilung durch Zweckerreichung keine praktische Bedeutung mehr zuzukommen.

Aber es erscheint doch der weithin eingeschlagene Weg, über eine weite Auslegung der Formvorschriften im Interesse des materiellen Rechts prozessuale Nachteile für die Parteien tunlichst zu vermeiden, sehr gefährlich. Dieser Weg könnte nur zu leicht zu einer Formerweichung führen und damit den "Zweck der Form, nämlich die Justizförmigkeit des Prozesses"⁴⁾, antasten. So haben sich gerade in letzter Zeit die Stimmen vermehrt, die vor einer zu freien Auslegung der Formvorschriften der ZPO warnen⁵⁾. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat auch der BGH zu Recht die Anwendung des § 187 auf die Fälle der formlosen Mitteilung einer Prozeßhandlung verneint, da eine solche Ausdehnung zu einer bedenklichen Erweichung des Zustellungserfordernisses führen würde. Gegen die Tendenz zur Formerweichung könnte aber gerade die Heilung durch Zweckerreichung fruchtbar wirken.

-
- 1) Ein großer Teil der Zustellungsmängel, bei denen Göcker durch Anwendung der Heilung durch Zweckerreichung helfen wollte, siehe Beispiele S. 54, wird jetzt von § 187 direkt erfaßt.
 - 2) siehe dazu die bei Rosenberg, § 8, 2 zitierte Entwicklung der Rechtsprechung.
 - 3) so z.B. RG JW 1921, 1243: fehlende Aufforderung zur Anwaltsbestellung; ebenso RG JW 1934, 1493
 - 4) Blomeyer, § 2 IV 4
 - 5) K. Blomeyer, ZZP 66, 161; Schöнке-Schröder-Niese, § 3 II; Stein-Jonas-Pohle, Einl. M III 2 e; Weber, Studium Generale 1960, S. 193; nach Baur, Summum ius summa iniuria, S. 113, setzt sich ein harter Formstandpunkt zwar immer mehr in der Literatur, nicht aber in der Rechtsprechung durch.

Anstatt generell die Formvorschriften weit auszulegen, sollte man bei einem Formverstoß grundsätzlich die für die Partei nachteiligen Folgen eintreten lassen, jedoch durch Anerkennung des Heilungsgrundsatzes der Zweckerreichung eine Heilung im Einzelfall dann ermöglichen, wenn durch das Verhalten des Gegners der Zweck der verletzten Norm erreicht ist¹⁾. So könnte beispielsweise eine Heilung durch Zweckerreichung in den Fällen der formlosen Übersendung eines zuzustellenden Schriftstücks, für die § 187 nicht gilt²⁾, dann in Betracht kommen, wenn der Zustellungsgegner durch sein Verhalten gezeigt hat, daß auch durch die nur formlose Mitteilung der Zweck der Zustellung erreicht ist.

Nur wenn man die Heilungsmöglichkeit durch Zweckerreichung der zweckgerechten Auslegung einer Formvorschrift scharf gegenüberstellt und ihre ganz verschiedene Bedeutung für die Form hervorhebt, unterliegt man nicht dem Irrtum, es bedürfe gar nicht mehr dieser speziellen Heilungsmöglichkeit, weil mit Hilfe der Auslegung dem Zweck einer Zivilprozeßvorschrift ausreichend Rechnung getragen werden könnte.

VI. Die Heilung durch den Eintritt der Rechtskraft

Im Schrifttum wird allgemein auch die Rechtskraft eines Urteils als Heilungsmöglichkeit kraft Gesetzes für Fehler der zu dem Urteil führenden Prozeßhandlungen angesehen³⁾. Daß der übersehene Fehler einer Prozeßhandlung mit der Rechtskraft des Urteils oder in

1) vgl. Baumgärtel, ZZP 69, 113 f.

2) siehe oben S. 20 ff.

3) Blomeyer, § 33 III 2; Göcker, Dissertation, S. 46 ff.; Rosenberg, § 74 II 2 a

seltenen Fällen auch erst mit dem Verstreichen der für die Wiederaufnahme des Verfahrens vorgesehenen Frist (§ 586 II) bedeutungslos wird, beruht aber nicht auf einem besonderen Heilungsvorgang, sondern auf der Unanfechtbarkeit des Urteils. Ebensowenig wie die Urteilstwirkung eine Wirkung der Prozeßhandlungen ist¹⁾, wird die Fehlerhaftigkeit durch die Rechtskraft geheilt. Die Unbeachtlichkeit des Fehlers ist eine Wirkung des Hoheitsakts, nicht eine Folge der Heilung. Es empfiehlt sich auch nicht, diese dem Urteil als Hoheitsakt zukommende Wirkung den Heilungsmöglichkeiten für fehlerhafte Prozeßhandlungen zuzurechnen, weil diese gerade das laufende Verfahren in Fluß halten wollen. Außerdem besteht die Gefahr, daß bei der Annahme der Rechtskraft als Heilungsmöglichkeit der Blick auf die Wertkategorien verstellt wird. Wenn z.B. Rosenberg als Wirkung eines Fehlers niemals Nichtigkeit annimmt, mit der Begründung, es gebe keinen Fehler, der nicht auf irgend eine Weise geheilt werden könne²⁾, so ist dieser Schluß von der Heilbarkeit auf die Fehlerfolge fragwürdig. Daß durch die Rechtskraft des Urteils *j e d e r* Fehler einer Prozeßhandlung unbeachtlich und letzten Endes damit "geheilt" wird, ist eine Eigentümlichkeit der Urteilstwirkung und besagt nichts für die Bewertung eines Fehlers, bei der sehr wohl denkbar ist, daß sie zur völligen Wirkungslosigkeit und Unheilbarkeit einer Prozeßhandlung für das Verfahren führen kann.

VII. Konkurrenz der Heilungsmöglichkeiten

Manche Heilungsmöglichkeiten schließen sich ihren Voraussetzungen nach gegenseitig aus, andere wiederum sind nebeneinander möglich.

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 82; Hellwig, Lehrbuch 2, S. 349

2) § 74 II

Für die Heilung des Mangels einer persönlichen Prozeßhandlungsvoraussetzung kommt nur die Genehmigung, nicht auch eine Heilung nach § 295 in Betracht (§ 295 II). Andererseits ist für eine Heilung durch Genehmigung dann kein Raum, wenn schon durch den Eintritt der Fähigkeit "ipso iure" eine Heilung unabhängig von dem Willen des Heilungsberechtigten eingetreten ist. Von großer praktischer Bedeutung für die Parteien sind die Heilungsmöglichkeiten der §§ 295, 187 und durch Zweckerreichung, die nebeneinander gegeben sind. Dabei werden die spezielleren Heilungsmöglichkeiten des § 187 und der Zweckerreichung von den Grundsätzen des § 295 beherrscht. Hat der Gegner im Rahmen des § 295 auf die Geltendmachung des Zustellungsmangels verzichtet oder die Ausübung des Rügerechts unterlassen, ist Heilung eingetreten, ohne daß die Partei noch die Voraussetzungen des § 187 oder der Zweckerreichung dantun muß.

Die große Bedeutung der zuletzt genannten Heilungsmöglichkeiten erweist sich dann, wenn eine mündliche Verhandlung entweder überhaupt noch nicht oder nicht zur Hauptsache stattgefunden hat, und somit eine Heilung nach § 295 noch gar nicht eintreten konnte. Aber nicht nur vor dem Zeitpunkt der nächsten mündlichen Verhandlung, sondern auch noch nach ihm kann Heilung eintreten, und zwar durch Verzicht auf die Geltendmachung des Fehlers. Dieser kann ohne zeitliche Begrenzung und auch noch nach der nächsten mündlichen Verhandlung erklärt werden, so daß noch nach diesem Zeitpunkt Heilung eintreten kann, wenn nicht, was allerdings meist der Fall sein wird, schon die Heilung durch Unterlassung der Rüge eingetreten ist. Es kann aber Heilung durch Verzicht noch eintreten, wenn der Gegner in der mündlichen Verhandlung ordnungsgemäß gerügt hat. Denn in dem Verzicht nach Ausübung des Rügerechts ist zugleich die Rücknahme der bereits erhobenen Rüge zu sehen¹⁾.

1) Rosenberg, § 75 II 2 a

Bei Zustellungsmängeln geht § 187 dem außergesetzlich entwickelten Heilungsprinzip durch Zweckerreichung vor, das gerade dann Bedeutung erlangt, wenn Zustellungsmängel nicht von der Heilungsvorschrift des § 187 erfaßt werden. Außerdem geht die Bedeutung der Heilung durch Zweckerreichung über den Bereich der Zustellungsmängel hinaus.

§ 4 Heilungsmöglichkeiten und Wertkategorien

Trotz der zur Verfügung stehenden Heilungsmöglichkeiten nimmt man, wie die vorhergehende Betrachtung der Heilungsmöglichkeiten gezeigt hat, bei manchen Fehlern mit Argumenten, die in den Bereich der Wertungslehre führen, den Nichteintritt der rückwirkenden Heilung an. Die Rechtsprechung macht oft den Heilungseintritt von den Besonderheiten des Einzelfalles abhängig, weshalb ihre Kasuistik uneinheitlich und ihre Begründungen widerspruchsvoll sind. Deshalb muß man die Frage der Heilung vom Grundsätzlichen her, d.h. von den spezifisch prozessualen Wertkategorien aus, angehen.

Da als Folge und Korrelat des Fehlers die Prozeßhandlung irgendwie unwirksam ist, und die von der Lehre entwickelten Wertkategorien Bedeutung und Form der Wirkungsminderung begrifflich erfassen wollen, sollte man annehmen, daß die Wertkategorien für die Frage der Heilung etwas leisten können. Wie die Unwirksamkeit als Folge und Korrelat des Fehlers erscheint, stellt sich die Heilung durch Wegfall des Fehlers und nachträglichen Eintritt der Wirkungen gleichsam als Korrelat der Unwirksamkeit dar.

Der Weg, über die Wertkategorien Aufschluß über die richtige Anwendung der Heilungsmöglichkeiten zu erlangen, verspricht deshalb Erfolg, weil die von der modernen Prozeßrechtslehre entwickelten spezifisch prozessualen Wertkategorien für alle Probleme des Prozesses brauchbare Maßstäbe und Lösungsmöglichkeiten bieten wollen¹⁾.

1) Niese, Prozeßhandlungen, S. 39

Daß die Wertungslehre für die Frage der Heilung fehlerhafter Handlungen etwas leisten kann, zeigt ein Blick in das bürgerliche Recht.

Bei den Wertungen des BGB werden je nach der Verschiedenheit der Interessenlagen Abstufungen in der Schwere der Fehlerfolgen vorgenommen, die von dem schärfsten Unwerturteil der von selbst eintretenden Nichtigkeit über die schwebende und relative Unwirksamkeit (vgl. §§ 108, 135, 136 BGB) bis zur schwächeren Form der Anfechtbarkeit als einer durch besondere Erklärung herbeizuführenden Nichtigkeit verbunden mit vorläufiger Geltung des Rechtsgeschäfts reicht. Je nach Schwere des Fehlers ergeben sich aus diesen Wertungen verschiedene Folgerungen für ihre Heilung. Bei der schwersten Fehlerform, der Nichtigkeit, tritt grundsätzlich niemals eine Heilung des Fehlers ein, weder durch Wegfall des Nichtigkeitsgrundes - z.B. das Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB wird aufgehoben - noch durch Genehmigung oder Bestätigung eines an dem Geschäft Beteiligten, noch durch bloßen Zeitablauf¹⁾. Bei der schwächeren Fehlerform der schwebenden und der relativen Unwirksamkeit, die nur dem Schutz bestimmter Personen dient, kann das Rechtsgeschäft von dem durch Eintritt der Unwirksamkeit Geschützten genehmigt werden. Auch kann Heilung dadurch eintreten, daß der Unwirksamkeitsgrund später wegfällt²⁾. Da jedoch bis zum Eintritt dieser Umstände dem Rechtsgeschäft die volle Wirksamkeit fehlt, kann keine Heilung durch bloßen Zeitablauf eintreten. Dies ist aber möglich bei der schwächsten

1) vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 155; Lange, Allgemeiner Teil, S. 304 f.; Staudinger-Coing, § 141 Nr. 2; die Bestätigung des § 141 ist kein Heilungsfall, sondern nur eine falsche Bezeichnung für die Neuvernahme des Geschäfts. Die Heilung eines Formmangels durch nachträgliche Erfüllung (§§ 313, 518, 766 BGB) kann entweder als Ausnahme von dem Grundsatz der Unheilbarkeit der Nichtigkeit (so Palandt, § 313 Anm. 13) oder, was vorzuziehen ist, als ein Fall der schwebenden Unwirksamkeit angesehen werden (so Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 163; Enneccerus-Nipperdey, S. 1210 unter 3).

2) Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 166

Fehlerform, der Anfechtbarkeit, bei der durch Ablauf der Ausschußfrist für die Anfechtungserklärung (§§ 121, 124 BGB) das Recht zur Vernichtung des Rechtsgeschäfts erlischt und damit Heilung eintritt. Dies ist rechtlich dadurch möglich, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft bis zur Geltendmachung des Anfechtungsgrundes voll wirksam ist, und deshalb nach Ablauf der Frist auch weiterhin vollen Bestand haben kann.

Die Wertkategorien des Zivilrechts leisten also unmittelbar etwas für das Problem der Heilung fehlerhafter Zivilrechtsakte, indem sich je nach ihrer Abstufung gemäß der Schwere des Fehlers verschiedene Folgerungen für die Heilbarkeit eines Fehlers ergeben. Es wird in vorliegender Arbeit der Frage nachzugehen sein, ob die Wertkategorien des Prozeßrechts in gleicher Weise etwas für das Problem der Heilung leisten können, und ob überhaupt die Frage der Heilung mit bestimmten Fehlerabstufungen zusammenhängt. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß in sachlicher Hinsicht die Ergebnisse des Zivilrechts nicht einfach auf die fehlerhaften Prozeßhandlungen übertragen werden können. Der Hinweis von dem Zusammenhang zwischen Fehlerhaftigkeit und Heilung im Zivilrecht wurde nur gegeben, um die Notwendigkeit der richtigen Erkenntnis der Wertkategorien für die Frage der Heilung fehlerhafter Prozeßhandlungen klar herauszustellen.

Zunächst müssen deshalb die von der Prozeßrechtswissenschaft aufgestellten Wertkategorien daraufhin untersucht werden, was sie für das Problem der Heilung leisten können und ob sie eine Lösung des Heilungsproblems vom Grundsätzlichen her zu geben vermögen.

§ 5 Die von der Wissenschaft entwickelten prozessualen Wertkategorien und ihr Beitrag zur Lösung des Heilungsproblems

I. Die im Schrifttum entwickelten Wertkategorien

Erst verhältnismäßig spät wurde dem Problem der prozessualen Wertungsarten wissenschaftliche Aufmerksamkeit gewidmet. Da die ZPO die Frage fehlerhafter Prozeßhandlungen nahezu vollständig der Wissenschaft und Rechtsprechung überläßt¹⁾, versuchte man zunächst das Problem der prozessualen Bewertung von den Kategorien des bürgerlichen Rechts her zu lösen. Ebenso wie versucht wurde, den Prozeß als Ganzes mit dem aus dem Zivilrecht entnommenen Begriff des Rechtsverhältnisses systematisch zu erfassen²⁾, wurde die Behandlung fehlerhafter Prozeßhandlungen zunächst ganz in zivilistischen Begriffen vorgenommen³⁾. Bezeichnend für dieses Vorgehen war der Streit, ob Willensmängel die Prozeßhandlungen anfechtbar oder nichtig machen⁴⁾. Von zivilistischer Denkweise getragen war auch die Behand-

1) Niese, Prozeßhandlungen, S. 92

2) Nachweise bei Goldschmidt, S. 1 ff.

3) siehe z.B. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888, S. 52 ff., der die Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen wie die Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts als nichtig ansieht, aber hinzufügt, das Prozeßrecht beschränke die Nichtigkeit aus Gründen der Sicherheit, so daß die Nichtigkeit heilbar sei. So auch Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 66 ff. und 70 ff.

4) Walsmann, AcP 102, 1 ff.; Werner, Grünhut 41, 343 ff.; zu diesem Streit Walter, Dissertation, S. 52 ff.

lung der Frage, ob die privatrechtlichen Begriffe der Willenserklärung und des Rechtsgeschäfts auf die Prozeßhandlungen oder nur bestimmte Gruppen von Prozeßhandlungen übertragen werden können und welchen Regeln diese prozessualen Rechtsgeschäfte im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit unterliegen sollten. Während die Anerkennung von Prozeßrechtsgeschäften zunächst aus dem Bestreben geschah, damit die Anwendung der Regeln des BGB über fehlerhafte Rechtsgeschäfte auf Prozeßhandlungen zu rechtfertigen¹⁾, stellte man später den Begriff des Prozeßrechtsgeschäfts mit dem ausdrücklichen Hinweis auf, daß dieser nur ein Seitenstück zum privatrechtlichen Rechtsgeschäft darstelle, und daß auf ihn keineswegs die Vorschriften des BGB Anwendung fänden²⁾. Damit war der Weg zur Entwicklung prozessualer, vom Zivilrecht unabhängiger Wertungsformen, frei geworden.

Das Problem der Entwicklung eigenständiger prozessualer Wertkategorien wurde erstmals von Sauer³⁾ und Goldschmidt⁴⁾ monographisch behandelt. Auf ihren Arbeiten baut die ganze prozessuale Wertungslehre auf. Bei aller Verschiedenheit der Ergebnisse, zu denen sie in der Aufstellung der Wertkategorien gelangten, ist ihnen doch gemeinsam, daß sie bei der Bildung der Wertkategorien nicht von privatrechtlichen Denkformen ausgegangen sind, sondern das Problem von der besonderen Struktur des Prozesses und einer besonderen prozessualen Denkweise aus gesehen haben. Beide hatten dabei das Ziel vor Augen, das Prozeßrecht aus den Fesseln der

1) so z.B. Hölder, ZZP 28, 409, der aus der Einordnung des Geständnisses als Willenserklärung die Anwendbarkeit des § 119 BGB folgert; vgl. Kern, Festschrift für Lenel, Leipzig 1923, S. 62

2) Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Breslau 1910, S. 35

3) Grundlagen, S. 105 ff., 437 ff.

4) S. 364 ff.

Zivilistik zu lösen und zu einem eigenen Zweig der Rechtswissenschaft zu erheben. Insoweit gehen beide den von Bülow eingeschlagenen Weg¹⁾. Die von ihnen aufgestellten Wertkategorien unterscheiden sich aber ganz erheblich. Obwohl von beiden Seiten der polemische Streit um die Richtigkeit der einen oder der anderen Ansicht mit großer Heftigkeit geführt wurde, haben beide an den von ihnen entwickelten Wertkategorien festgehalten²⁾. Eine kritische Stellungnahme zu den beiden Lösungsversuchen liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor³⁾.

Den Wertkategorien Goldschmidts haben sich weitgehend Niese⁴⁾, F. Weber⁵⁾, Baumgärtel⁶⁾ sowie für den Strafprozeß E. Schmidt⁷⁾ angeschlossen, so daß angesichts der wenigen Abweichungen die Wertkategorien dieser Autoren gemeinsam behandelt werden können.

In den Lehrbüchern und Kommentaren zur ZPO werden die Wertkategorien im Gegensatz zu ihrer theoretischen und praktischen Bedeutung zu kurz behandelt. Meist findet sich eine mehr oder weniger starke Anlehnung an Goldschmidt⁸⁾. Goldschmidts Wertkategorien - beachtlich - unbeachtlich, zulässig - unzulässig - stehen in engem Zusammenhang mit der von ihm entwickelten dynamischen Betrachtungsweise, die er der statischen materiell-rechtlichen Betrachtungsweise als die eigenartige Methode des Prozeßrechts gegen-

1) Sauer, Grundlagen, Nachtrag, S. 647

2) zuletzt Sauer, JR 1951, 258 und ZZP 68, 426

3) vgl. F. Weber, Studium Generale 1960, S. 191, Anm. 25

4) Prozeßhandlungen, S. 82 ff.

5) Studium Generale 1960, S. 191 ff.

6) ZZP 69, 94, 115; Zivilprozeßrechtsfall, S. 26

7) Lehrkommentar Nr. 233 ff., S. 141 ff.

8) vgl. Blomeyer, § 33 II; Bruns, S. 62 f.; Lent-Jauernig, § 30 I; Nikisch, § 61 I; Rosenberg, § 74 II; Stein-Jonas-Pohle, XI 3 i vor § 128

überstellt¹⁾. Mit Hilfe dieser besonderen prozessualen Betrachtungsweise, die er aus dem Wesen des Prozesses als einem Entwicklungsvorgang in einzelnen Rechtslagen zum Urteil hin ableitet, hat er die spezifisch prozessualen Wertkategorien entwickelt. Dieser Entwicklungsvorgang zum Urteil hin, der den Prozeß charakterisiert, bedingt, daß das Prozeßrecht nur mit einer dynamischen Betrachtungsweise erfaßt werden kann, "die den Prozeß und alle seine Einzelerscheinungen als einen Durchgang zum Urteil auffaßt und wertet"²⁾. Da aber dieser Entwicklungsvorgang durch Prozeßhandlungen eingeleitet, in Gang gehalten und schließlich zum Abschluß gebracht wird, ist es nach dieser Betrachtungsweise folgerichtig, daß alle Prozeßhandlungen Beziehung auf das erstrebte Urteil haben, also ganz in ihrer urteilsbezogenen Funktion zu verstehen sind, und unter diesem funktionalen Gesichtspunkt geordnet und bewertet werden. Das bedeutet, daß die Bewertung einer fehlerhaften Prozeßhandlung ganz unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Urteilstätigkeit erfolgt, also danach, ob die Prozeßhandlung geeignet ist, im Hinblick auf die richterliche Tätigkeit die erstrebte Entscheidung zu erreichen. Dabei heben sich deutlich alle diejenigen Prozeßhandlungen von allen anderen ab, die auf eine bestimmte richterliche Entscheidung, sei es die Endentscheidung, sei es die Entscheidung eines Zwischen- oder Nebenstreites abzielen³⁾, diese also erwirken wollen, indem sie sich unmittelbar an das Gericht wenden, um "durch psychische Einwirkung auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen"⁴⁾. Diese Prozeßhandlungen interessieren den Richter vor allem unter dem Gesichtspunkt, ob sie

1) S. 227 ff.

2) Niese, Prozeßhandlungen, S. 57

3) F. Weber, Studium Generale 1960, S. 191

4) Goldschmidt, S. 364

den formellen Erfordernissen des Gesetzes genügen und die Bedingungen erfüllen, von denen ihre inhaltliche Prüfung abhängt. Tun sie das, müssen sie vom Richter formell zugelassen, d.h. inhaltlich geprüft werden, anderenfalls sind sie als unzulässig zurückzuweisen¹⁾. Auch bei Fehlern schwerster Art muß diese Zurückweisung erfolgen, auf keinen Fall darf eine Erwirkungshandlung unbeachtet gelassen werden, weil dies auf Justizverweigerung hinauslaufen würde²⁾. Alle übrigen Prozeßhandlungen, die Goldschmidt mit dem Ausdruck Bewirkungshandlungen zusammenfaßt, sind nicht unmittelbar auf eine richterliche Entscheidung gerichtet und können deshalb im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit nicht als unzulässig zurückgewiesen werden³⁾. Sie sind dann vielmehr unbeachtlich⁴⁾. Da die Bewirkungshandlungen zu den Erwirkungshandlungen in Zweckbeziehung stehen, und nur als deren Grundlage und durch sie wirken⁵⁾, braucht eine nicht prozeßordnungsgemäße Bewirkungshandlung als bestimmender Umstand für die Bewertung einer Erwirkungshandlung nicht beachtet zu werden⁶⁾.

Sauer hat die Wertkategorien der Gültigkeit - Ungültigkeit, Wirksamkeit - Unwirksamkeit und Zulässigkeit - Unzulässigkeit für Prozeßhandlungen entwickelt⁷⁾.

1) Goldschmidt, S. 369

2) Goldschmidt, S. 371; Niese, Prozeßhandlungen, S. 94; E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 235, S. 141 Anm. 435

3) Goldschmidt, S. 456 f.

4) Goldschmidt, Lehrbuch § 39, 4; E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 241, S. 145

5) Niese, Prozeßhandlungen, S. 90

6) Goldschmidt, S. 457

7) Grundlagen, S. 105 ff., 437 ff.; Prozeßrechtslehre, § 14; Juristische Methodenlehre, § 61, S. 518 ff.; JR 1951, 258

Ihm haben sich teilweise Siegert¹⁾ und Walter²⁾ sowie im Strafprozeß Löwe-Rosenberg³⁾ und Peters⁴⁾ angeschlossen.

Obwohl Sauer ebenfalls für das Prozeßrecht eine besondere prozessuale Betrachtungsweise fordert⁵⁾, und den Prozeß als Entwicklungsvorgang im Gegensatz zum materiellen Recht charakterisiert⁶⁾, bewertet er die Prozeßhandlungen nicht ausschließlich nach ihrer urteilsbezogenen Funktion, sondern er stuft die Fehler nach Wesen und Wirkung für alle Prozeßhandlungen in dreifacher Weise ab, wobei die Wertskala von der Ungültigkeit bis zur Unzulässigkeit reicht.

Zunächst muß jede Prozeßhandlung gültig sein, d.h. es müssen ihre wesentlichen Tatbestandsmerkmale gegeben sein⁷⁾. Fehlen diese, so ist die Prozeßhandlung für das Recht nicht entstanden, also rechtlich nicht existent geworden, und folglich ein Nichtprozeßakt. Daraus ergibt sich notwendig, daß diese ungültigen Akte prozessual unbeachtlich und unheilbar sind. Eine ungültige Klage bewirkt weder Rechtshängigkeit noch unterbricht sie die Verjährung. Ist eine Prozeßhandlung zwar ihrem Tatbestand nach existent, erreicht sie aber nicht ihren Zweck und dient nicht der Prozeßentwicklung, ist die Prozeßhandlung nur unwirksam. Sie kann ein förmliches Verfahren in Lauf setzen, das allerdings nur zur Feststellung der Nichtigkeit führt. Sie kann durch nachträgliche Ereignisse, z.B. Genehmigung, aber nicht durch bloßen Zeitablauf geheilt werden. Im übrigen ist eine unwirksame Prozeßhandlung von derselben sachlichen Bedeutung wie ein Nichtprozeßakt und wie

1) Prozeßhandlungen, S. 34 ff.

2) Dissertation, S. 76 ff.

3) Einleitung Kap. 9, 2

4) § 33

5) Sogar schon vor Goldschmidt, F. Weber, Studium Generale 1960, S. 188 Anm. 20

6) Grundlagen, S. 32 ff.

7) zum folgenden: Grundlagen, S. 105 ff., 437 ff.; Prozeßrechtslehre, § 14; JR 1951, S. 258

dieser unbeachtlich. So führt eine unwirksame Klage weder Rechtshängigkeit noch Verjährungsunterbrechung herbei. Eine gültige und wirksame Prozeßhandlung kann jedoch nur dann den erstrebten Erfolg erreichen, wenn sie auch die von der Prozeßordnung aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Eine unzulässige Prozeßhandlung ist nicht unbeachtlich, sondern sie setzt ein Verfahren in Lauf. Der Mangel muß gerügt werden und eine Heilung ist in weitem Umfange, vor allem auch durch Zeitablauf (§ 295), möglich, da die Prozeßhandlung nicht nichtig ist, sondern lediglich prozeßrechtlich nicht gebilligt wird. Die Reihenfolge ihrer Prüfung durch das Gericht entspricht dem Wesen der Wertungen. Erst sind Gültigkeit und Wirksamkeit und dann die Zulässigkeit zu prüfen. Sauer kennt zwar außerdem noch die alle Wertungsarten umfassende überprozessuale Wertung der Rechtmäßigkeit einer Prozeßhandlung. Da er jedoch selbst zugibt, daß diese übergesetzliche Wertung keine neue prozessuale Wertungsart einführt, sondern zum Urteil über die Begründetheit gehört¹⁾, braucht auf sie nicht näher eingegangen zu werden.

II. Kritik unter dem Aspekt der Heilung

Goldschmidts Wertkategorien der Unzulässigkeit für Erwirkungshandlungen und der Unbeachtlichkeit für Bewirkungshandlungen sind charakterisiert durch ihre Bezogenheit auf die richterliche Urteilstätigkeit. Niese sagt zu Recht, daß diese Kategorien ihren Sinn nur durch ihr besonderes Verhältnis zum Gericht erhalten²⁾. Sie leisten daher etwas für die Frage, wie der Fehler einer Prozeßhandlung auf die erstrebte Entscheidung wirkt und wie der Richter eine fehlerhafte Prozeßhandlung bei seiner Entscheidungstätigkeit

1) JR 1951, S. 259 Anm. 8

2) Prozeßhandlungen, S. 97

zu behandeln hat. Dadurch wird bestimmt, welche verfahrensrechtliche Tätigkeit das Gericht im Falle der Fehlerhaftigkeit je nach Art der Prozeßhandlung ausüben muß, indem es einen fehlerhaften Antrag als unzulässig zurückweist und einen fehlerhaften Rechtsmittelverzicht unbeachtet läßt. Jedoch wird mit dieser Bewertungsweise nur eine Wirkung der Prozeßhandlungen, nämlich ihre Einwirkung auf die Entscheidung, erfaßt. Wie Baumgärtel aber im Anschluß an Kisch¹⁾ überzeugend nachgewiesen hat, üben alle Prozeßhandlungen mit ihrer Vornahme auch Wirkungen auf die Entwicklung des Verfahrens als solche aus, indem sie eine innerprozessuale Situation herbeiführen, die für den Fortgang des Verfahrens von Bedeutung ist²⁾. Ob die Fehlerhaftigkeit einer Prozeßhandlung dazu führt, daß diese Wirkungen auf die Prozeßentwicklung nicht oder nicht voll eintreten, wird von den Wertkategorien der Unzulässigkeit und Unbeachtlichkeit nicht angegeben. Dies zeigt sich deutlich bei den Bewirkungshandlungen, bei denen das Hauptgewicht in der Gestaltung der Prozeßentwicklung liegt³⁾. Diese werden von Goldschmidt danach bewertet, ob sie beachtlich oder unbeachtlich sind. Die Kategorie der Unbeachtlichkeit ist aber auf die Entscheidungstätigkeit des Gerichts bezogen und bedeutet, daß eine Prozeßhandlung nicht zu beachten ist, "daß auf sie nichts zu erfolgen hat"⁴⁾, weshalb diese Kategorie nach Goldschmidt auf Erwirkungshandlungen nicht anwendbar ist⁵⁾. Mit dieser rein verfahrensrechtlichen Ausrichtung der Wertung "unbeachtlich" wird der Einfluß eines Fehlers auf Bewirkungshandlungen nicht richtig gekennzeichnet. Auch über die Fehlerhaftigkeit von Bewirkungshandlungen hat das Gericht, meist in den Urteilsgründen, zu entscheiden und ihre Fehlerhaftigkeit im Grundsatz auszusprechen⁶⁾. Das Gericht kann auch die Bewirkungs-

1) Götting, gel. Anz. 1901, 223 f.

2) Prozeßhandlung, S. 82 ff., siehe dazu näher unten S. 56 ff.

3) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 83

4) Niese, Prozeßhandlungen, S. 93

5) S. 371

6) Blomeyer, § 33 II 1

handlungen nicht völlig unbeachtet lassen. Unbeachtlichkeit bedeutet aber bei Goldschmidt in Bezug auf Bewirkungshandlungen in Wahrheit nicht das gleiche wie bei Erwirkungshandlungen, sondern vielmehr "als ohne prozessuale Wirkung vorgenommen"¹⁾. Die charakteristische Wirkung der Bewirkungshandlungen liegt gerade in der Gestaltung der Prozeßentwicklung und nicht sosehr in der Einwirkung auf die Entscheidung. Deshalb unterliegen sie der Bewertung danach, ob sie ihre bestimmungsgemäßen Wirkungen auf das Verfahren ausüben oder nicht, ob sie also insofern wirksam oder unwirksam sind²⁾.

Nimmt beispielsweise der Kläger die Klage nach Einlassung des Beklagten gegen dessen Widerspruch zurück (§ 271), so tritt die Wirkung der Klagrücknahme auf das Verfahren, nämlich daß "der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen" ist (§ 271 III), nicht ein, so daß das Gericht über die Klage sachlich entscheiden muß, sich aber über die Unwirksamkeit der Klagrücknahme in den Urteilsgründen auszusprechen hat.

Ist es auch letztlich nur eine terminologische Frage, ob man in diesem Fall die Klagrücknahme als unwirksam oder unbeachtlich bezeichnet³⁾, wird es bei den Erwirkungshandlungen doch deutlich, daß die verfahrensrechtlich ausgerichteten Wertungen Goldschmidts die innerprozessuale Wirkung der Prozeßhandlungen auf die Prozeßentwicklung nicht erfassen.

Die Klagerhebung als wichtigste Erwirkungshandlung schafft eine innerprozessuale Situation, die für die

-
- 1) Weber, Studium Generale 1960, S. 192; E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 241, S. 145; vgl. auch Goldschmidt, Lehrbuch, § 39 4
 - 2) Auch in Lehre und Rechtsprechung werden die Bewirkungshandlungen meist als wirksam oder unwirksam bewertet, z.B. Blomeyer, § 33 II 1; Bruns, S. 63; Rosenberg, § 74 II; RG DR 1944, 466; BGH LM 13 zu § 515
 - 3) Wenn man sich darüber im klaren ist, daß unbeachtlich hier nicht dasselbe bedeutet wie in Bezug auf Erwirkungshandlungen, sondern auf die Prozeßentwicklung bezogen ist.

Entwicklung des Verfahrens durch Eintritt der Rechtshängigkeit und Wahrung von Klagausschlußfristen sowie für das materielle Recht durch die Unterbrechung der Verjährung von großer Bedeutung ist. Eine Klage, die nicht den Erfordernissen der ZPO entspricht, kann kein Sachurteil erreichen und ist, wie fehlerhaft sie auch immer sein möge, nach Goldschmidt immer durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen, nach Sauer bei schwersten Mängeln auch u.U. unbeachtlich. Die Wertung der Unzulässigkeit, die angibt, wie das Gericht die fehlerhafte Klage zu behandeln hat, kann aber die Frage nicht entscheiden, ob die innerprozessuale Situation mit Vornahme der fehlerhaften Klage eingetreten ist, ob sie also wegen ihrer Fehlerhaftigkeit Rechtshängigkeit oder für das materielle Recht Verjährungsunterbrechung herbeiführen kann, insofern also wirksam oder unwirksam ist. Goldschmidt ist der Ansicht, daß eine als unzulässig zu bewertende Erwirkungshandlung, insbesondere die Klage, auch die innerprozessualen Wirkungen entfalten könnte, da sie beachtlich, also wirksam sei¹⁾. Dies ist jedoch sehr zweifelhaft, wie schon folgende Überlegung zeigt. Nach Goldschmidt sind die Erwirkungshandlungen bei jedem Fehler, auch dem schwersten, als unzulässig zurückzuweisen bzw. zu verwerfen. Eine Differenzierung der Fehlerfolgen nach Schwere und Qualität des Fehlers wird bei dieser Bewertung nicht gemacht. Die Justizgewährungspflicht des Staates erfordert, daß über j e d e n Antrag, der sich an das Gericht wendet, entschieden wird, und die Partei Bescheid erhält²⁾. Dieser Gesichtspunkt, der für die Bewertung des Verhältnisses der Partei zum Gericht von entscheidender Bedeutung ist und die Behandlung der Prozeßhandlung durch das Gericht als unzulässig zur Folge hat, kann aber für die Bewertung des Einflusses eines Fehlers a u f d i e

1) S. 378 f.

2) Goldschmidt, S. 371 ff.; Niese, Prozeßhandlungen, S. 94

Prozessentwicklung keine Bedeutung haben. Hierfür müssen andere Bewertungsmaßstäbe eingreifen, die eine Differenzierung der Fehler nach Schwere und Wirkung erfordern. Den Vorschriften über die Partei- und Prozeßfähigkeit, die Postulationsfähigkeit, die inhaltlichen oder formellen Erfordernisse der Klage liegen so verschiedene Erwägungen des Gesetzgebers zugrunde, daß kaum vorstellbar ist, daß der Verstoß gegen sie hinsichtlich der Prozeßhandlungswirkung auf die Prozessentwicklung immer gleich zu bewerten ist, wenn auch alle derartigen Fehler zur Unzulässigkeit führen. Soll also die privatschriftliche Klage beim Landgericht die Verjährung unterbrechen¹⁾, eine Klage ohne Begründung eine Klagausschlußfrist wahren²⁾, oder soll die formlose Übersendung der Klagschrift in einem anderen Prozeß den Einwand der Rechtshängigkeit begründen³⁾, obwohl alle diese Mängel zur Unzulässigkeit führen und somit hinsichtlich dieser Wirkung der Klage gleich zu bewerten sind?

Wenn die mit Vornahme der Prozeßhandlung erstrebte Prozeßsituation - für sich betrachtet - aufgrund des Fehlers nicht eingetreten ist, stellt sich die Frage, ob sie rückwirkend durch Heilung eintreten und damit zur Fristwahrung bzw. Verjährungsunterbrechung oder zu dem begründeten Einwand der Rechtshängigkeit führen kann. Auch dieses Problem ist von der Bewertung der Wirkung einer fehlerhaften Prozeßhandlung auf das Gericht unabhängig. Ob und mit welcher Wirkung die Heilung eines bestimmten Fehlers möglich ist, bestimmt sich nach anderen Wertgesichtspunkten als nach denjenigen, die zur Abweisung der Klage als unzulässig führen. Die rein verfahrensrechtlich auf die Urteilstätigkeit des Gerichts ausgerichteten Wertkategorien

1) Verneinend OLG Braunschweig, MDR 1957, 425 f.

2) Verneinend BGHZ 22, 254

3) Verneinend BGHZ 7, 268

sind schon ihrem Ausgangspunkt nach nicht dazu geeignet, für die Frage der Heilung etwas zu leisten, da der Gesichtspunkt der Justizgewährungspflicht zwar für die Bewertung aller fehlerhaften Erwirkungshandlungen als unzulässig, nicht aber für die Heilbarkeit eines Fehlers von Bedeutung ist. Niese sagt selbst, daß Fehlerabstufungen nach Ungültigkeit und Unwirksamkeit in positiver Hinsicht, d.h. für die Heilung, erheblich sind, in negativer Hinsicht, d.h. für die Behandlung fehlerhafter Prozeßhandlungen durch das Gericht, aber nicht¹⁾, da jeder Fehler zur Unzulässigkeit führt. Die Wertkategorien Goldschmidts greifen erst dann ein, wenn eine Prozeßhandlung endgültig fehlerhaft ist und sie in Bezug auf die Urteilsfällung bewertet wird. Die Frage nach der Heilung stellt sich jedoch schon meist zeitlich früher, nämlich mit der Vornahme der Prozeßhandlung. Zeitlich knüpfen die prozessualen und materiell-rechtlichen Wirkungen an die Herbeiführung der Prozeßsituation mit der Vornahme der Prozeßhandlung an. Andererseits kann sich die Frage der Heilung auch noch stellen, wenn der Richter schon die fehlerhafte Prozeßhandlung als zulässig oder unzulässig bewertet hat. Dann kommt es auf die Kategorie der Zulässigkeit nicht an, sondern allein darauf, ob der betreffende Fehler die Prozeßhandlung heilbar oder unheilbar unwirksam macht. Diese Frage stellt sich z.B. für die Prozeßführung eines Prozeßunfähigen nach Erlaß eines Prozeß- oder Sachurteils (vgl. §§ 551 Nr. 5, 579 I Nr.4). Hier wird deutlich, daß die Wertkategorien Goldschmidts für die Frage der Heilung fehlerhafter Prozeßhandlungen nichts beitragen können. Kennzeichnend dafür ist auch die Tatsache, daß weder Goldschmidt noch Niese ihre Wertkategorien für die Frage der Heilung nutzbar gemacht haben, obwohl sie doch ihrem Anspruch nach für alle Probleme des Prozeßrechts brauchbare Lösungsmöglichkeiten bieten sol-

1) Prozeßhandlungen, S. 92 a.E.

len. Wenn ihre Wertkategorien aber die rechtliche Bedeutung eines Fehlers voll erfassen wollen, dann müßten sie auch für die Frage, ob und wie ein bestimmter Fehler geheilt werden kann, eine Aussage treffen.

Dagegen sind die Wertungen Sauers aufgrund ihrer ganz unterschiedlichen Struktur durchaus in der Lage, zur Lösung der Frage der Heilbarkeit von der Fehlerhaftigkeit her beizutragen. Seine Wertkategorien sind gerade so angelegt, daß sie sich nach Fehlergründen und Fehlerfolgen abstufen, so daß sich auch Differenzierungen hinsichtlich der Heilbarkeit eines Fehlers ergeben. Dabei kann zunächst offenbleiben, ob seine Wertkategorien in sich richtig gebildet sind und ob die Gruppierung der Fehler innerhalb der Wertkategorien im Interesse der Rechtsanwendung berechtigt ist. Man kann jedoch nicht abstreiten, daß die Wertungen Sauers im Prinzip für die Heilbarkeit von Fehlern etwas leisten, da sie nicht auf die verfahrensrechtliche Behandlung des Fehlers, sondern auf dessen sachliche Bedeutung für die Verfahrensentwicklung ausgerichtet sind. Deshalb kommt Sauer auch zu konkreten Ergebnissen hinsichtlich des Einflusses eines Fehlers auf die Prozeßentwicklung und seine Heilbarkeit. Fehler, die zur Nichtigkeit einer Prozeßhandlung führen, bewirken Unbeachtlichkeit für den Gegner und den Nicht-eintritt von Rechtshängigkeit und Verjährungsunterbrechung bei einer Klage. Die ungültige Prozeßhandlung ist überhaupt, die unwirksame Prozeßhandlung durch Zeitablauf unheilbar. Die bloß unzulässigen Prozeßhandlungen entfalten gewisse Wirkungen auf die Prozeßentwicklung und sind in weitem Umfange besonders auch durch Zeitablauf heilbar.

Durch zu weite Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe kommt Sauer aber teilweise zu unhaltbaren Ergebnissen, die zu Recht den Widerspruch Goldschmidts¹⁾ und

1) S. 371 ff.

Nieses¹⁾ hervorgerufen haben. Vor allem ist ihm entgegenzuhalten, daß er aus seinen rein konstruktiv gebildeten Wertkategorien einfach die entsprechende Fehlerfolge logisch ableitet, ohne auf die im Einzelfall beteiligten Interessen näher einzugehen. So folgert er beispielsweise aus der Einstufung der Parteifähigkeit als Gültigkeitsvoraussetzung im Falle deren Nichtvorliegen die Unbeachtlichkeit und Unheilbarkeit aller Prozeßhandlungen²⁾, ohne zu berücksichtigen, ob eine solche Folgerung auch im Interesse der Rechtspflege und des Parteiunfähigen liegt; so wenn z.B. der nicht rechtsfähige Verein im Laufe des Verfahrens durch nachträgliche Eintragung die Rechtsfähigkeit erlangt hat und den Prozeß weiterführt.

Für die Praxis unannehmbar ist auch die Bewertung der Unbeachtlichkeit für den Richter, die Sauer aus der Nichtigkeit der Prozeßhandlung folgert. So kommt er bei denjenigen Prozeßhandlungen, die sich an das Gericht wenden, den Erwirkungshandlungen i.S. Goldschmidts, in große Schwierigkeiten, da offensichtlich auf sie die Folge der Unbeachtlichkeit nicht paßt. Es ist Goldschmidts Verdienst, in diesem Zusammenhang auf die "Justizgewährungspflicht des Staates"³⁾ hingewiesen zu haben, aufgrund deren sich die einfache Nichtbeachtung von Anträgen und Behauptungen als Justizverweigerung darstellen würde⁴⁾. So ergibt sich für Sauer die große Schwierigkeit, daß sich aus dem Wesen der Wertkategorien der Ungültigkeit und Unwirksamkeit notwendig auch deren Unbeachtlichkeit gegenüber dem Gericht ergibt, im Interesse der Rechtspflege diese Folge jedoch undurchführbar ist. Deshalb muß Sauer hinsichtlich der Klage eine Ausnahme zulassen, für die er aber keine überzeugende Begründung zu geben

1) Prozeßhandlungen, S. 103

2) Prozeßrechtslehre, § 14 IV 1 a und 14 IV 2 f;
dagegen Engisch, ZZP 66, 65

3) S. 371

4) Niese, Prozeßhandlungen, S. 94

vermag. Er spricht einmal davon, "daß auf eine nichtige Klage eine Entscheidung nicht gut unterbleiben dürfe"¹⁾, andererseits meint er, "die Klage als wichtigste prozeßeinleitende Prozeßhandlung verlange wohl stets eine ausdrückliche Stellungnahme des Gerichts"²⁾. Ebenso zeigt sich diese Unsicherheit in der Bewertung ungültiger oder unwirksamer Anträge. Einmal führt er aus, daß der Richter "einen nichtigen, eine weniger bedeutende Angelegenheit betreffenden Antrag einfach zu den Akten schreibt"³⁾, während er an anderer Stelle feststellt, ein nichtiger Antrag könne ohne Bescheid, falls dieser nicht ausdrücklich begehrt werde, zu den Akten genommen werden⁴⁾. Eine theoretisch und praktisch befriedigende Lösung für die Bewertung fehlerhafter Erwirkungshandlungen hat dagegen Goldschmidt gefunden, der die Kategorie der Unbeachtlichkeit im Hinblick auf die Entscheidungstätigkeit des Richters auf Erwirkungshandlung überhaupt für unanwendbar hält. Er stellt für Erwirkungshandlungen die Wertkategorie der Unzulässigkeit in den Vordergrund, die aber, wie gezeigt, nur einen Aspekt der Prozeßhandlung, nämlich ihre Wirkung auf den Richter, bewertet.

Eine kritische Vergleichung der von Sauer und Goldschmidt entwickelten prozessualen Wertkategorien ergibt, daß sich beide Wertsysteme grundlegend voneinander unterscheiden. Deshalb ist es nicht richtig, wenn Niese im Streit zwischen Goldschmidt und Sauer vermittelnd der Ansicht ist, der sachliche Gegensatz zwischen beiden sei gar nicht so groß, und er liege im wesentlichen nur darin, daß Sauer die vier Wertungen koordiniere, während nach Goldschmidt Gültigkeit und Wirksamkeit (= Beachtlichkeit) nur für Erwirkungshandlungen, Zulässigkeit und Begründetheit

1) Grundlagen, S. 501

2) Prozeßrechtslehre, § 14 III 2 a

3) Grundlagen, S. 501

4) Prozeßrechtslehre, § 14 III 2 a

nur für Erwirkungshandlungen Geltung hätten¹⁾. Der Unterschied ist aber nicht eine Frage der Koordination, sondern er liegt im Prinzipiellen. Während Goldschmidt durch die Umsetzung der sachlich-rechtlichen Wertkategorien der Nichtigkeit und der Unwirksamkeit in die verfahrensrechtlichen Kategorien der Unbeachtlichkeit und Unzulässigkeit die Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen durch den Richter in Bezug auf die zu erlassende Entscheidung in den Vordergrund stellt, sind die Wertkategorien Sauers nach ihren Wirkungen in Bezug auf den Richter und hinsichtlich ihres Einflusses auf das Verfahren abgestuft. Deshalb wendet Sauer gegen die verfahrensrechtliche Umsetzung Goldschmidts und Nieses mit Recht ein, die Kategorie der Unbeachtlichkeit sei "nichtsagend"²⁾, da sie die Fehler nicht genügend nach deren Gründen und Bedeutung differenziere. Aus der Sicht Sauers sind Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit einer Prozeßhandlung nur die Folge einer ungültigen, unwirksamen oder unzulässigen Prozeßhandlung, bei Goldschmidt aber sind sie Wertkategorien selbst.

Beide Wertsysteme können aber die Frage der Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen nicht in jeder Hinsicht befriedigend lösen. Goldschmidt stellt seine Wertkategorien ganz unter dem Gesichtspunkt der Behandlung eines Fehlers durch das Gericht auf, während eine wertungsmäßige Erfassung innerprozessualer Vorgänge und des Einflusses eines Fehlers auf die Heilbarkeit einer Prozeßhandlung ganz fehlt.

Letzten Endes gelangt Goldschmidt nur zu einer Wertkategorie, die sich lediglich auf Erwirkungshandlungen und Bewirkungshandlungen in verschiedener Weise verteilt. Daß mit dieser Bewertungsweise Goldschmidts eine erhebliche begriffliche Vereinfachung für die

1) Prozeßhandlungen, S. 102 a.E.

2) JR 1951, 258; Prozeßrechtslehre, § 14 I 2 c Anm.2

richterliche Praxis gelungen ist, läßt sich nicht leugnen¹⁾. Andererseits muß aber hervorgehoben werden, daß er auf eine Bewertung nach der Schwere und Qualität eines Fehlers verzichtet und sich somit aus seinen Wertkategorien nichts für das Problem der Heilung ergibt. Dies meint wohl auch v.Hippel, wenn er die Wertkategorien Goldschmidts und Nieses als "einige rein formale und äußerlich bleibende, nächstliegende Gesichtspunkte einer logisch zweckmäßigen Frage- und Prüfungsfolge gegenüber stattgehabten fehlerhaften Prozeßhandlungen" bezeichnet²⁾. Wenn diese überspitzte Kritik auch der Leistung Goldschmidts und Nieses nicht gerecht wird, liegt ihr doch der richtige Gedanke zugrunde, daß die Bewertung einer Prozeßhandlung nur in ihrer verfahrensrechtlichen Auswirkung nicht ausreicht, um sachliche Fragen der Fehlerhaftigkeit, z.B. der Heilung, einer Lösung näherzubringen. Insofern ist es richtig, daß die Wertkategorien Goldschmidts die angemessene Regelung einer Prozeßstörung "aus sich selbst heraus in keiner Weise zu leisten vermögen"³⁾.

Die Wertkategorien Sauers versuchen zwar durch eine wertungsmäßige Erfassung der Schwere eines Fehlers durch eine Abstufung der Fehlerfolgen Rechnung zu tragen und können deshalb für die Frage der Heilung und der Herbeiführung innerprozessualer Wirkungen im Prinzip etwas leisten. Sie sind aber nicht geeignet, auch die Frage der Behandlung der Fehlerhaftigkeit durch das Gericht befriedigend zu lösen und lassen in ihrer Absolutheit die Tendenz erkennen, die Geschlossenheit des Systems über die praktisch erforderliche Regelung des Einzelfalles zu stellen.

1) Dies muß auch Sauer, ZZP 66, 463 anerkennen, wenn er zugibt, daß in der Praxis eine Vereinfachung und Zusammenlegung der Wertungen zu empfehlen ist.

2) ZZP 65, 450

3) v.Hippel, ZZP 65, 451

Im einzelnen kann auf seine Ergebnisse erst näher bei der Untersuchung der einzelnen Heilungsfälle eingegangen werden.

III. Die angewandte Methode zur Gewinnung der Wertkategorien

Mit der Erkenntnis, daß die bisher von der Prozeßrechtswissenschaft entwickelten Wertkategorien dem Problem der Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen und ihrer Heilung nicht in ausreichendem Maße Rechnung tragen, ergibt sich die Notwendigkeit, die Frage der Wertkategorien unter dem Aspekt der Heilung einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Dabei muß Klarheit darüber bestehen, wie man methodisch an das Problem der Wertkategorien herangehen soll. Es ist Schwinge darin zuzustimmen, daß die Behandlung des Problems der Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen am Mangel methodischer Klarheit krankt¹⁾. Es ist auch bezeichnend, daß E.v.Hippel die Frage des fehlerhaften Staatsakts ganz von dem Problem der Methode her zu lösen versucht²⁾. Auch Kern³⁾ betont die Wichtigkeit einer methodischen Klarheit bei der Aufstellung von prozessualen Wertkategorien. Deshalb soll ein kritischer Blick auf die Methode der Gewinnung der Wertkategorien durch Goldschmidt und Sauer geworfen werden.

Goldschmidt will mit der Aufstellung seiner Wertkategorien die völlige Andersartigkeit von Prozeßrecht und materiellem Recht darlegen, um zu zeigen, daß beide verschiedenen Betrachtungsweisen unterliegen. Dafür mußte er beweisen, daß hinsichtlich der Bewertung fehlerhafter Akte Prozeßrecht und Privatrecht

1) Staatsakt, Vorwort zur Originalausgabe

2) Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 2. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960

3) Festschrift für Lenel, Leipzig 1923, S. 60

streng voneinander getrennt werden müssen. Dies ist ihm auch gelungen, denn die Wertkategorien zulässig - unzulässig, beachtlich - unbeachtlich haben kein materiell-rechtliches Gegenstück¹⁾. Auch Niese mußte für seine Spezialuntersuchung der doppelfunktionellen Prozeßhandlungen von einer scharfen Trennung der materiell-rechtlichen und der prozessualen Wertkategorien ausgehen, um an der Verschiedenheit der Bewertung der materiell-rechtlichen und prozessualen Funktionen ihr Verhältnis zueinander aufzuzeigen²⁾.

Goldschmidt ordnet daher die Wertkategorien dem grundsätzlichen Standpunkt einer scharfen Trennung von materiellem Recht und Prozeßrecht unter. Er bewertet die fehlerhaften Prozeßhandlungen ganz in ihrer urteilsbezogenen Funktion und läßt diese Wertung als die einzig prozessuale gelten. Er hat also bei der Bildung der Wertkategorien die deduktive Methode eingeschlagen.

Sauer leitet seine Wertkategorien aus apriorisch-allgemeingültigen Begriffen und Denkformen ab³⁾. Wenn er z.B. formuliert, "in logischer Hinsicht liegen die Gültigkeitsmerkmale in dem Ding, die Zulässigkeitsvoraussetzungen vor ihm"⁴⁾, ergeben sich aus den solchermaßen konstruktiv entwickelten Wertkategorien der Gültigkeit und Zulässigkeit rein logisch und deduktiv ableitbar die Folgen, daß ein nicht existenter Akt völlig unbeachtlich - auch für den Richter des Prozesses - und unheilbar, ein existenter, aber mangels besonderer prozessualer Voraussetzungen unzulässiger Akt beachtlich und grundsätzlich heilbar sein muß. Es ist Sauer zuzugeben, daß die

1) vgl. Blomeyer, § 1 II 2 a

2) Gegen eine scharfe Trennung von materiell-rechtlicher und prozessualer Funktion der doppelfunktionellen Prozeßhandlungen im Strafprozeß neuerdings Lenckner, NJW 1965, 325 ff.

3) so Beling gegen Sauer in ZStrW 42, 259; Sauer, ZStrW 42, 559

4) ZStrW 40, 705

Bildung seiner Wertkategorien methodisch und logisch begründet ist¹⁾. Sie ist ebenso wie die Goldschmidts folgerichtig entwickelt und in sich richtig. Deswegen ist die scharfe Kritik Goldschmidts²⁾ von einem anderen Standpunkt aus nicht berechtigt. Sauer hat bis zuletzt an seinen Wertungen festgehalten, mit dem an sich richtigen Argument, von einem anderen Standpunkt aus könne man unschwer seine Wertkategorien logisch bekämpfen³⁾. Die Frage ist nur, ob die Wertkategorien Sauers zu praktisch annehmbaren Ergebnissen führen.

Die Wertkategorien von Goldschmidt und Sauer haben wegen ihrer rein deduktiven Bildung scharfe Kritik erfahren. Nach v.Hippel enthalten die Wertungen Goldschmidts und Nieses "unzulässige Vorgriffe im Sinne anonymer Vorabentscheidungen"⁴⁾, während Beling die Wertungen Sauers sogar als "begriffsjuristisch" ablehnt⁵⁾. Krückmann gibt zwar zu, daß die Wertkategorien Sauers so gebildet werden können, hält aber ein überzeugendes Bedürfnis dafür nicht für erwiesen⁶⁾. Die rein deduktive Aufstellung der Wertkategorien birgt mannigfache Gefahren in sich.

Wenn man die Wertkategorien von einem bestimmten Prozeßbild aus aufstellt und sie letztlich auf eine bestimmte Sicht von dem Wesen des Prozesses zurückführt, liegt die Gefahr sehr nahe, daß man seinen Ausgangspunkt zu sehr einengt und die Wertkategorien nur unter einem bestimmten Aspekt aufstellt. Es ist auch zweifelhaft, ob man die Wertkategorien, die Einzelfragen, vor deren Lösung täglich die Praxis steht, angemessen entscheiden sollen, auf eine so allgemeine Grundlage wie das Wesen des Prozesses stellen darf. Bei Gold-

1) Prozeßrechtslehre, § 14 I 2 c Anm. 2; Grundlagen, S. 651

2) S. 294 ff., 368 ff.

3) ArchRPhil 19, 274, 292

4) ZJP 65, 452

5) ZStrW 42, 259 ff.

6) ZJP 56, 266

schmidt ist dies um so zweifelhafter, als sich inzwischen die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß Zivilprozeßrecht und Zivilrecht zwar verschiedenen Betrachtungsweisen unterliegen, daß aber beide Rechtsgebiete nicht als feststehende Kategorien angesehen werden können, zwischen denen es keine Übergänge und Zusammenhänge gäbe¹⁾.

Für den Prozeßhandlungsbegriff hat es Baumgärtel unternommen, unter Anerkennung einer selbständigen prozessualen Denk- und Betrachtungsweise die richtige Verbindung von Privatrecht und Prozeßrecht zu finden²⁾. Er hat gezeigt, daß Privatrecht und Prozeßrecht nicht so streng getrennt werden dürfen, weil das Prozeßrecht bei der Ausgestaltung des Tatbestandes der Prozeßverträge weitgehend auf das bürgerliche Recht zurückgreift, ohne daß dadurch ihr Charakter als Prozeßhandlungen in Frage steht³⁾.

Gerade auch bei der Frage der Bewertung und Heilung fehlerhafter Prozeßhandlungen stehen materielles Recht und Prozeßrecht in enger Verbindung. Das zeigt sich schon daran, daß das materielle Recht in zahlreichen Bestimmungen an die Klagerhebung anknüpft, z.B. bei der Verjährung § 209 BGB, sowie bei materiell-rechtlichen Klagausschlußfristen, z.B. § 35 EheG.

In diesen Fällen spielt es eine entscheidende Rolle, wie der Fehler einer Klage zu bewerten ist, und ob eine rückwirkende Heilung der Prozeßhandlung zur Unterbrechung der Verjährung oder zur Wahrung der Klagefrist führt. Zumindest für diesen Bereich ist die Ansicht der Vertreter einer strengen Trennung von Prozeß- und Privatrecht, wonach es undenkbar wäre, daß sich beide Rechtsgebiete gegenseitig beeinflussen könnten⁴⁾, unrichtig.

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 64

2) Prozeßhandlung, S. 65

3) S. 65, 278 ff.

4) so z.B. Grabner, ZZP 48, 540

Wenn man, wie Sauer, die Wertkategorien auf logisch konstruktivem Wege gewinnt und so aufstellt, daß sich notwendigerweise daraus bestimmte Folgerungen für die Heilbarkeit von Prozeßhandlungen und die Behandlung des Fehlers durch das Gericht ergeben, wird man sich leicht dem Vorwurf der Begriffsjurisprudenz aussetzen, wenn nachzuweisen ist, daß diese Kategorien zu unangemessenen Ergebnissen im Einzelfall führen. Dies ist aber, wie gezeigt, bei Sauer hinsichtlich seiner Folgerungen aus seinen Wertungen für die Behandlung fehlerhafter Prozeßhandlungen durch das Gericht der Fall. Dies gilt aber nicht minder für die Heilbarkeit fehlerhafter Prozeßhandlungen, bei der sich durch zu weite Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe oft unangemessene Ergebnisse nachweisen lassen. Dazu gehört z.B. die Bewertung der Prozeßhandlungen Parteiunfähiger als ungültig und unheilbar, während sie in Wahrheit durch Genehmigung heilbar sind, wie noch zu zeigen sein wird¹⁾.

§ 6 Das eigene Vorgehen bei Untersuchung der Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen und der Möglichkeit ihrer Heilung

I. Die Methode

Die vorliegende Arbeit will die Gefahren der deduktiven Ableitung der Wertkategorien vermeiden. Der Gefahr, daß man von einem vorgefaßten Standpunkt aus die Wertkategorien nur unter einem bestimmten Aspekt sieht, oder daß man die Vielzahl fehlerhafter Prozeßhandlungen in eine Zwangsjacke apriorischer Denkformen hineinzwängt, kann am besten mit einer induktiven Methode begegnet werden.

Allerdings ergibt sich hierbei die Schwierigkeit, daß man wohl kaum jemals sämtliche fehlerhaften Prozeß-

1) siehe unten S. 74 ff.

handlungen in einer Einzeluntersuchung erfassen kann. Man wird deshalb auf typische Fehlergruppen abstellen müssen. Dies wird bei der Themenstellung dieser Arbeit insofern erleichtert, als man sich auf Fehlergruppen beschränken kann, bei denen das Problem ihrer Heilung eine besonders praktische Bedeutung hat. Deshalb sollen im folgenden die Mängel von Prozeßhandlungsvoraussetzungen (Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Postulationsfähigkeit, Vertretungsmacht), bei denen die Heilung durch Genehmigung bzw. durch Eintritt der Voraussetzung selbst in Betracht kommt und die Klagemängel, bei denen die Anwendung der §§ 295, 187 die größte Bedeutung hat, näher untersucht werden.

Erst danach sind die gefundenen Ergebnisse in besonderen Begriffen zusammenzufassen.

Mit diesem methodischen Ausgangspunkt ist noch nichts darüber ausgesagt, unter welchen Gesichtspunkten die Bewertung eines Fehlers im Einzelfalle vorgenommen werden soll und mit welchen Kriterien der Einfluß eines Fehlers auf die Prozeßhandlungen gemessen werden kann.

Dazu ist es zunächst erforderlich, auf die besonderen prozessualen Wirkungen der Prozeßhandlungen näher einzugehen. Die kritische Betrachtung der im Schrifttum entwickelten Wertungen hat gezeigt, daß hier die größte Unklarheit besteht. Während Goldschmidt nur die Wirkungen einer Prozeßhandlung auf das Urteil bewertet und dies als die einzig prozessuale Bewertung ansieht, will Sauer den Einfluß eines Fehlers auch auf die Wirkungen, die eine Prozeßhandlung auf die Prozeßentwicklung ausübt, erfassen, kommt dadurch aber in Schwierigkeiten bei der Bewertung der Wirkungen auf die Urteilstätigkeit des Gerichts.

II. Die Wirkungen der Prozeßhandlungen und ihre Bedeutung für die Bewertung im Falle der Fehlerhaftigkeit

Es ist an sich erstaunlich, daß die Autoren, die sich mit der Aufstellung der spezifisch prozessualen Wertkategorien befaßt haben, nicht näher auf die besonderen Wirkungen von Prozeßhandlungen eingegangen sind. Wenn als Korrelat des Fehlers einer Prozeßhandlung die Minderung oder Aufhebung ihrer Wirkung zu sehen ist, und die Wertkategorien gerade angeben sollen, inwieweit die Wirkung einer Prozeßhandlung entfällt, erscheint es naheliegend, daß man sich vorher über die Eigenart der Wirkungen von Prozeßhandlungen Klarheit verschafft. Das ist aber weder bei Goldschmidt noch bei Sauer geschehen, da beide die Wertkategorien deduktiv von einer bestimmten Sicht des Prozesses als Ganzes entwickelt haben, ohne jedoch das Objekt der Wertung, die Prozeßhandlungen, in den Mittelpunkt zu stellen. Hier soll der Versuch gemacht werden, das Problem der Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen von ihren typischen Wirkungen her anzufassen.

Die Wirkungen von Prozeßhandlungen sind charakterisiert durch eine Eigentümlichkeit des Wirkungsbereichs und des Wirkungsobjekts¹⁾. Beide beziehen sich im Gegensatz zu den Wirkungen von Rechtsgeschäften "auf das Internum des prozessualen Raums"²⁾, welches der Eigenart der prozessualen Wirkungen ihr Gepräge gibt.

1. Der Wirkungsbereich der Prozeßhandlungen

Der Wirkungsbereich der Prozeßhandlungen ist das zum Urteil hinstrebende Verfahren, das von den Prozeßhandlungen eingeleitet, in Gang gehalten und beendet

1) dazu eingehend Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 80 ff.

2) E. Schmidt, Lehrkommentar Nr. 33, S. 49

wird. Die charakteristische Eigentümlichkeit der Prozeßhandlungen liegt also in ihrem Einfluß, den sie auf den Prozeß selbst und nicht darüber hinaus ausüben¹⁾. Innerhalb des so umschriebenen Wirkungsbereichs üben die Prozeßhandlungen keine selbständigen Wirkungen aus, da sie zu ihrer bestimmungsgemäßen Auswirkung nur durch das Endurteil gelangen und hinfällig werden, wenn durch Klagrücknahme die Existenz des Prozesses in sich zusammenfällt²⁾. Durch Gegenüberstellung mit vergleichbaren dynamischen Vorgängen des materiellen Rechts hat Baumgärtel³⁾ gezeigt, daß die Unfertigkeit der prozessualen Rechtsbeziehungen den Prozeßhandlungen eigentümlich ist, soweit man diese in ihrem Verhältnis zum Urteil betrachtet. Sie liegt darin begründet, daß die Prozeßentwicklung ein einheitlicher dynamischer Vorgang ist, der in dem Urteil aufgeht⁴⁾.

Aus dieser Unselbständigkeit ihrer Wirkungen hat Bülow den Schluß gezogen, die Prozeßhandlungen könnten überhaupt nicht bewertet werden, da ihre Wirksamkeit oder Unwirksamkeit ganz vom Verlauf des Prozesses abhängt und sich erst mit dem Urteil entscheidet⁵⁾.

Bülow erkennt aber, daß es sich bei den Wertkategorien des Prozeßrechts nicht darum handeln kann, fertige Rechtswirkungen wie im materiellen Recht zu bewerten. Die Bewertungsformen des Privatrechts werten einen "Zustand in der unaufhörlich sich vollziehenden Rechtsgüterumschichtung im Lichte der Rechtswertverwirklichung"⁶⁾, je nachdem als wirksam oder

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 82

2) Niese, Prozeßhandlungen, S. 46; vgl. schon Hellwig, Lehrbuch 2, S. 349

3) Prozeßhandlung, S. 85 f. mit Nachweisen

4) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 85

5) Geständnisrecht, S. 75 ff., besonders S. 84

6) Sax, ZZP 67, 23

unwirksam. Die Prozeßhandlungen können aber trotz ihrer Unselbständigkeit im Funktionszusammenhang des dynamischen Verfahrens nach ihrer Eignung zur Förderung oder Hemmung des Verfahrensfortgangs auf das Urteil hin bewertet werden¹⁾. Da das Typische der prozessualen Wirkung einer Prozeßhandlung in der Verfahrensgestaltung zu sehen ist, geht es gerade bei den prozessualen Wertkategorien darum, einen Fehler in seiner Bedeutung für die Verfahrensgestaltung zu erfassen. Insofern erfolgt die Bewertung der Prozeßhandlungen nicht nach ihrer "Rechtswertverwirklichung", sondern nach ihrer "Ordnungsmäßigkeit im Funktionszusammenhang des dynamischen Verfahrens"²⁾. Deshalb ist Nußbaum zuzustimmen, wenn er gegen Bülow einwendet, "daß er in dem Bestreben, die Annahme einer unmittelbaren Einwirkung der Prozeßhandlungen auf das Privatrecht zurückzuweisen, über das Ziel hinausgeschossen hat"³⁾.

2. Das Wirkungsobjekt der Prozeßhandlungen

Mit ihrer Bedeutung für die Verfahrensgestaltung sind die Wirkungen einer Prozeßhandlung noch nicht genügend charakterisiert. Baumgärtel hat das Wirkungsobjekt der Prozeßhandlungen näher untersucht und dabei erkannt, daß den Prozeßhandlungen eine verschiedene Bedeutung zukommt, je nachdem ob man sie in ihrem Spannungsverhältnis zum Urteil oder in ihrer Stellung innerhalb des Verfahrens selbst als Entwicklungsvorgang betrachtet⁴⁾. Nach Baumgärtel ist das Wirkungsobjekt ein zweifaches: "die Prozeßentwicklung als Vorgang und die Entscheidung als das Ziel dieser Entwicklung. Auf beide z u s a m m e n wirken die Prozeßhandlungen mit

1) F. Weber, Studium Generale 1960, 187

2) Sax, a.a.O.

3) Prozeßhandlungen, S. 67; gegen Bülow auch Luxenberg, Dissertation, S. 18

4) Prozeßhandlung, S. 83

ihrer Vornahme unmittelbar ein. Zunächst üben sie eine *n ä h e r e* Wirkung aus, indem sie eine innerprozessuale Situation herbeiführen, die für den Fortgang des Verfahrens von Bedeutung ist, und als *e n t - f e r n t e r e* Wirkung kommt ihnen eine Einwirkung auf die Entscheidung zu. Die nähere Wirkung steht zu der fernereren in einem Mittel-Zweck-Verhältnis, da alle Prozeßhandlungen - mit Ausnahme der prozeßbeendenden - letzten Endes auf die Hervorrufung einer Gerichtsentscheidung ausgerichtet sind¹⁾. Goldschmidt, Niese und E. Schmidt sehen die Prozeßhandlungen in erster Linie in ihrer funktionellen Stellung zum Urteil, stellen also ihre Wirkungen auf die Entscheidung in den Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt erfolgt bei ihnen die Einteilung der Prozeßhandlungen in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen, die zum ersten Male die vielgestaltigen Prozeßhandlungen sinnvoll geordnet hat und als fruchtbar beibehalten werden soll.

Bei den Erwirkungshandlungen liegt wesensmäßig zwar das Schwergewicht in der Einwirkung auf das Urteil, da sie eine bestimmte Entscheidung des Gerichts erwirken wollen. Sie führen jedoch auch mit ihrer Vornahme die für die Prozeßentwicklung maßgebende innerprozessuale Situation herbei, die im Gesetz fixiert ist. Diese nähere Wirkung besteht z.B. bei der Klagenerhebung in der Einleitung eines Urteilsverfahrens und dem Eintritt der Rechtshängigkeit²⁾, bei der Rechtsmittel einlegung in der Eröffnung der Rechtsmittelinstanz und in der Hemmung der Rechtskraft (§ 705 Satz 2), bei Anträgen in der Last für den Gegner zum weiteren Handeln³⁾ und in der Wahrung von Fristen⁴⁾, bei der Ablehnung eines Richters in dem

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 82

2) Rosenberg, § 97 I

3) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 83

4) Blomeyer, § 25 IV 3

Ausscheiden des Abgelehnten bei der Entscheidung über das Gesuch (§§ 45, 47).

Das Anerkenntnis bewirkt einmal - auf die Prozeßentwicklung ausgerichtet - die Schaffung der Urteilsgrundlage¹⁾ und andererseits, daß dem Anerkenntnis gemäß geurteilt werden muß²⁾. Die nähere innerprozessuale Wirkung des Geständnisses ist in der Befreiung des Gerichts von der Durchführung weiterer Beweiserhebung über die gestandene Tatsache zu sehen³⁾.

Bei Behauptungen wird durch die Fixierung der prozessualen Feststellung und des Beweisthemas⁴⁾, sowie für den Gegner in dem Anspruch auf rechtliches Gehör und der Möglichkeit des Geständnisses⁵⁾ eine innerprozessuale Wirkung erzielt.

Bei den Bewirkungshandlungen liegt das Hauptgewicht in der Gestaltung der Prozeßentwicklung, aber sie wirken ebenfalls auf die Entscheidung ein. So liegt z.B. die charakteristische Wirkung des dem Gericht gegenüber erklärten Rechtsmittelverzichts nach Urteilsverkündung in dem Verlust der prozessualen Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels⁶⁾ und bei beiderseitigem Rechtsmittelverzicht in dem unmittelbaren Eintritt der Rechtskraft des Urteils⁷⁾. Die entferntere innerprozessuale Wirkung ist, daß ein trotz des Verzichts eingelegtes Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird⁸⁾.

Diese Erkenntnis von der doppelten Verschiedenheit der Wirkungen je nach dem Gesichtspunkt, unter dem sie betrachtet werden, ist nicht nur für die theoretische Erfassung der Prozeßhandlungen in der Stellung des Verfahrens von großer Wichtigkeit, sondern ihr kommt auch Bedeutung für die Bewertung fehlerhafter Prozeßhandlungen zu. Da der Fehler einer Prozeßhandlung beide Wirkungen beeinflussen kann, können

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 145

2) Rosenberg, § 131 I 1

3) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 83

4) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 83

5) Blomeyer, § 30 II 1 b

6) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 168 für den dem Gegner erklärten Rechtsmittelverzicht

7) Baumgärtel, .a.a.O.; OLG Düsseldorf NJW 1965, 403

8) Rosenberg § 134 II 3 a

auch beide Wirkungen einer verschiedenen Bewertung unterliegen, je nachdem, von welchem Gesichtspunkt aus man die Wertung vornimmt. Wenn die Partei, die die fehlerhafte Prozeßhandlung vorgenommen hat, nach dem Erfolg ihrer Handlung bei Gericht fragt, oder wenn der Richter des Prozesses die Prozeßhandlung bei seiner Entscheidungstätigkeit zu bewerten hat, wird jedesmal das Verhältnis Partei - Gericht einer prozessualen Wertung unterzogen, und zwar dahin, wie die fehlerhafte Prozeßhandlung durch das Gericht im Hinblick auf seine Entscheidungstätigkeit zu behandeln ist. Von diesem Standpunkt aus wird die entferntere Wirkung einer Prozeßhandlung, nämlich ihre Wirkung auf den Richter, bewertet. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Wertkategorien Goldschmidts, Nieses und E. Schmidts gebildet.

Bei der Bewertung des gleichen Fehlers kann man aber auch seinen Einfluß auf die Prozeßentwicklung selbst in den Mittelpunkt stellen und fragen, ob die innerprozessuale Situation mit der Vornahme der Prozeßhandlung entstanden ist, die bei ihrer fehlerfreien Vornahme eingetreten wäre, so z.B. bei der Klage der Eintritt der Rechtshängigkeit und die Wahrung von Fristen, bei Rechtsmitteln die Eröffnung der Rechtsmittelinstanz und die Hemmung der Rechtskraft usw. Mit dieser Bewertung des einzelnen Prozeßstadiums in der Entwicklung des Verfahrens werden zwar "Querschnitte in die Einheit des dynamischen Vorgangs"¹⁾ gelegt, die aber die Dynamik des Prozesses, wie Baumgärtel zu Recht betont, nicht aufheben²⁾. Die Bewertung von diesem Gesichtspunkt aus muß erfolgen, wenn man die Frage nach der Heilbarkeit der fehlerhaften Prozeßhandlung stellt. Sämtliche Heilungsmöglichkeiten dienen gerade der unverzügerten Durchführung des Verfahrens zum Urteil hin,

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 86

2) a.a.O.

indem sie das Verfahren in Fluß halten wollen¹⁾. Gerade bei dem Bestehen von Fristen und bei dem Einwand der Rechtshängigkeit in einem anderen Prozeß wird die Frage der Heilung praktisch wichtig. Kommt es dagegen nur darauf an, ob Sachurteil ergehen darf oder nicht, kann die fehlerhafte Prozeßhandlung im Laufe des Prozesses wiederholt werden, und es reicht aus, wenn sie in der letzten mündlichen Verhandlung vorliegt. Bei der Bewertung eines Fehlers unter dem Gesichtspunkt der Störung der Verfahrensentwicklung und ihrer "Entstörung" durch Heilung interessiert die Bewertung des Verhältnisses der Partei zum Gericht nicht, sondern nur der Einfluß eines Fehlers auf die Verfahrensentwicklung. Deshalb müssen unter diesem Gesichtspunkt andere Bewertungsmaßstäbe eingreifen, als für die Behandlung einer fehlerhaften Prozeßhandlung durch das Gericht.

Die folgende Einzeluntersuchung wird zeigen, inwiefern sich diese Bewertungen von den Wertkategorien der Zulässigkeit - Unzulässigkeit unterscheiden oder ob sie letzten Endes in jenen aufgehen, wie Goldschmidt annimmt.

Am nächsten der hier vertretenen Ansicht von der zweifachen Bewertung einer Prozeßhandlung nach verschiedenen Gesichtspunkten kommt Siegert, der ebenfalls "eine Zergliederung der Wertungen von verschiedenen Blickpunkten aus"²⁾ fordert. Nach ihm sind für den Richter des Prozesses die Wertungen der Zulässigkeit und Begründetheit, für die anderen Prozeßbeteiligten und außerhalb des Prozesses die der Gültigkeit und Wirksamkeit maßgebend³⁾.

Diese Ansicht stimmt aber nicht mit der hier vertretenen überein. Siegert geht nicht von den zweifachen **W i r k u n g e n** einer Prozeßhandlung, sondern von der Stellung der **P r o z e ß b e t e i l i g t e n**

1) Göcker, Dissertation, S. 53

2) Judicium 5, 177

3) a.a.O. und Prozeßhandlungen, S. 36 und 78 ff.

zu den Prozeßhandlungen aus. Für den Zweckseiner Untersuchung des Widerrufs und der Nachholung von Prozeßhandlungen mag es von Bedeutung sein, "wie sich ein Prozeßsubjekt zu seinen eigenen fehlerhaften Prozeßhandlungen verhält"¹⁾. Zur richtigen Erkenntnis der Wertkategorien im allgemeinen ist die Aufgliederung der Wertungen nach den Prozeßbeteiligten nicht geeignet²⁾. Auch für die Partei ist es von großer Bedeutung, ob ihre Prozeßhandlungen zulässig oder unzulässig sind. Auch die Kategorien der Zulässigkeit und Unzulässigkeit geben die Stellung der Partei zu ihren eigenen Prozeßhandlungen aber in Bezug auf den Richter an. Entscheiden kann nur eine Zergliederung der Wertungen nach den spezifischen Wirkungen der Prozeßhandlungen sein.

Zusammenfassend erscheint es fruchtbar, bei der folgenden Einzeluntersuchung der genannten Fehlergruppen die Bewertung der fehlerhaften Prozeßhandlungen nach zwei verschiedenen Gesichtspunkten vorzunehmen: Einmal danach, wie der Fehler die auf die innerprozessuale Verfahrensentwicklung ausgerichtete Wirkung einer Prozeßhandlung beeinflußt und was sich daraus für die Heilbarkeit ergibt, zum anderen danach, wie der Richter des Prozesses die fehlerhafte Prozeßhandlung bei seiner Entscheidungstätigkeit zu bewerten hat.

III. Interessenabwägung und Bewertung

Die Bewertung richtet sich nach dem Zweck der Vorschrift, gegen die bei Vornahme der Prozeßhandlung verstoßen wird und nach den Interessen, deren Schutz die Bestimmung dient.

Ob die Erkenntnisse der Interessenjurisprudenz auch im Prozeßrecht Anwendung finden können, kann heute

1) Prozeßhandlungen, S. 82

2) Bedenken auch bei K. Blomeyer, Arch.f.Rechtspfl. in Sachsen, Thüringen und Anhalt 1931, 176

nicht mehr zweifelhaft sein. Die von Jauernig aufgeworfene Frage nach der Anwendung der Methoden der Interessenjurisprudenz im Zivilprozeß¹⁾ entscheidet sich angesichts der zahlreichen Arbeiten, die unter ihrer ausdrücklichen Anwendung zu fruchtbaren Ergebnissen auf dem Gebiet des Prozeßrechts geführt haben²⁾, von selbst in bejahendem Sinne. Sie wird heute weithin von Lehre und Rechtsprechung als selbstverständlich angewandt³⁾. Dabei kommt es aber entscheidend darauf an, welche Interessen gegeneinander abzuwägen sind.

Im Privatrecht steht der Interessengegensatz der beiden Parteien im Vordergrund. Die Privatrechtsnormen sind vorwiegend auf den Interessengegensatz und -ausgleich zweier sich gegenüberstehender Parteien ausgerichtet. Gerade jedoch bei der Bewertung fehlerhafter Rechtsgeschäfte als nichtig, (§§ 134, 138 BGB) stehen auch öffentliche Interessen im Vordergrund.

Im Prozeßrecht dagegen ist wegen der Dreiseitigkeit des Prozeßrechtsverhältnisses und wegen der Regelung öffentlicher Interessen durch die Zivilprozeßrechtsnormen stets auch das Interesse der Allgemeinheit bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen⁴⁾. Welchen Inhalt dieses öffentliche Interesse im einzelnen hat, kann nicht allgemein festgestellt werden, sondern muß sich aus den Prozeßrechtsnormen ergeben, die mit der Vornahme der Prozeßhandlung verletzt werden. Dabei wird zwar oft das öffentliche Interesse in dem sicheren Ablauf des Verfahrens zu sehen sein, dennoch muß man sich davor hüten, bei der Bewertung eines Fehlers

1) ZZP 64, 291

2) vgl. aus neuerer Zeit: Baumgärtel, ZZP 67, 423 ff. (428); Prozeßhandlung, S. 18; Bettermann: Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948, S. 24; Blomeyer, ZZP 75, 1 ff.; Lukes, ZZP 69, 141 ff. (143)

3) vgl. Stein-Jonas-Pohle, Einl. M II

4) Lukes, ZZP 69, 143; Stein-Jonas-Pohle, Einl. M II

allein auf eine so unbestimmte Forderung wie "Rechtssicherheit" abzustellen¹⁾. Zur Klärung der Einzelfragen sind stets die konkreten Lebensverhältnisse maßgebend²⁾. Deshalb wird die Bewertung eines Fehlers nicht immer gleich ausfallen, sondern die beteiligten Interessen können je nach der Prozeßsituation bei demselben Fehler verschieden zu bewerten sein. Das wird sich insbesondere bei der Untersuchung von Mängeln einer Prozeßhandlungsvoraussetzung zeigen.

Auch bei der Frage der Heilbarkeit einer Prozeßhandlung ist der Interessenkonflikt ein dreiseitiger. Keinesfalls kann die oft in der Rechtsprechung anzutreffende Formulierung, das materielle Recht des Klägers solle nicht an Formvorschriften scheitern, allein für die Annahme einer Heilung maßgebend sein. Das Interesse der Rechtspflege an der Einhaltung einer Formvorschrift wird oft größer sein, als das Interesse des Handelnden an der Heilung. Stets muß auch das Schutzinteresse des Beklagten berücksichtigt werden, das insbesondere bei der Verletzung von Zustellungs Vorschriften einer zu weitgehenden Heilung entgegenstehen wird.

Auch bei der Bewertung des Verhältnisses der Partei zum Gericht, das für die Frage der Behandlung einer fehlerhaften Prozeßhandlung durch das Gericht maßgebend ist, muß auf dieses dreiseitige Spannungsverhältnis abgestellt werden. Wenn auch hier der Interessenwiderstreit zwischen dem Rechtspflegeorgan und dem Rechtsschutzsuchenden im Vordergrund steht, wie das von Goldschmidt³⁾ gebrauchte Argument der Justizgewährungspflicht des Staates zeigt, sind doch auch die Interessen des Beklagten bei der Frage zu berücksichtigen, ob die Terminanberaumung auf eine Klage hin abgelehnt werden kann. Der Beklagte hat beispielsweise ein Interesse daran, daß ihm nur eine Klageschrift zugestellt wird, die den Angriff des Klägers ausrei-

1) vgl. Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 19

2) Baumgärtel, a.a.O.

3) S. 371

chend ersichtlich macht, vgl. § 253 II, damit er sich auf seine Verteidigung einstellen und sich ausreichend auf sie vorbereiten kann.

Des näheren ist bei der folgenden Einzeluntersuchung der Mängel und ihrer Heilbarkeit also auf die konkrete Interessenlage einzugehen und die Interessen der Parteien und der Rechtspflege gegeneinander abzuwägen, wobei die Bewertung unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten vorzunehmen ist.

Teil Bewertung und Heilung einzelner Mängel

§ 7 Der Mangel der Parteifähigkeit

Von der Parteiunfähigkeit zu unterscheiden ist die Vornahme von Prozeßhandlungen durch einen "Vertreter" einer nicht existenten Partei. In der älteren Lehre¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ wurde ein solcher Unterschied meist nicht gemacht. Die Parteifähigkeit wurde als die Fähigkeit aufgefaßt, Kläger und Beklagter im Prozeß zu sein, so daß bei Nichtvorhandensein dieser Fähigkeit die Nichtexistenz einer Partei angenommen wurde³⁾. Inzwischen hat man erkannt, daß zwischen dem Begriff der Partei im Sinne ihres tatsächlichen Vorhandenseins und der einer Partei verliehenen persönlichen Eigenschaft, Subjekt eines Prozeßverhältnisses zu sein, zu unterscheiden ist⁴⁾. Für den Parteibegriff kommt es lediglich auf das **t a t s ä c h - l i c h e** Vorhandensein einer Personenvereinigung oder Vermögensmasse an, während die Parteifähigkeit eine Eigenschaft der Partei ist, mit der sie ausgestattet sein muß, um einen Prozeß wirksam führen zu können. Zumindest begrifflich ist also die Existenz einer Partei etwas anderes als die Parteifähigkeit. Es liegt deshalb nahe, daß es zwischen der Parteiunfähigkeit und der nicht existenten Partei Unterschiede in der Bewertung und Heilung geben kann. Zunächst ist deshalb der Mangel der Parteifähigkeit und dann die

-
- 1) z.B. Skedl, RheinZ 12, 355; Sauer Grundlagen, S. 310
 - 2) z.B. RG JW 1901, 302; weitere Nachweise bei Reiner, Dissertation, S. 54; für eine Unterscheidung aber schon Nußbaum, ZZP 34, 141
 - 3) siehe Skedl, a.a.O., S. 358: Parteiunfähigkeit beruht auf dem Mangel der Existenz eines Rechtssubjekts; ebenso Kleinfeller, JW 1920, 909 (Anm.)
 - 4) h.L. Abend, Dissertation, S. 18 ff.; Blomeyer, § 7 III 1 Anm. 1; Rosenberg, § 42 I 3; Stein-Jonas-Pohle, § 50 VII 2

rechtliche Bedeutung der Nichtexistenz einer Partei zu untersuchen.

I. Die einzelnen Fälle der Parteiunfähigkeit

Obwohl sich zahlreiche Fälle denken ließen, in denen eine nicht rechtsfähige und deshalb parteiunfähige Organisation¹⁾, z.B. eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die Filiale eines Unternehmens oder ein nicht rechtsfähiger Verein als Kläger Prozeßhandlungen vornimmt, kommt in der jüngeren Praxis ein Prozeß, in dem eine parteiunfähige Partei beteiligt ist, recht selten vor²⁾. Daraus erklärt sich auch, daß fast alle Entscheidungen des Reichsgerichts, die die Heilung des Mangels der Parteifähigkeit zum Gegenstand haben, älteren Datums sind³⁾. Das liegt an der Entwicklung, die Lehre und Rechtsprechung in der Frage der Parteifähigkeit genommen haben.

Es ergibt sich zwar in der Praxis häufiger, daß der in der Klageschrift bezeichnete Kläger oder Beklagte nicht parteifähig ist, weil er keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. In den meisten Fällen dieser Art ist der Mangel aber nur ein scheinbarer, da nur eine ungenaue oder unrichtige Bezeichnung der Partei vorliegt. Denn es ist anerkannt, daß die Partei durch Auslegung der in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung ermittelt werden muß, wenn diese Bezeichnung nur auf ein parteiunfähiges Gebilde zutrifft⁴⁾. Meist wird sich dann ergeben, daß in Wirklichkeit nicht die angegebene Partei, sondern dasjenige Rechtssubjekt als Kläger oder Beklagter gemeint ist, das aus den Rechtshandlungen des unzutreffender Weise als Partei bezeichneten Gebildes berechtigt und verpflichtet wird⁵⁾. Es handelt sich dann nur um eine "falsa

1) Natürliche Personen sind immer parteifähig (§ 1 BGB)

2) Abend, Dissertation, S. 52; Nikisch, § 29 III 1

3) RG JW 1895, 194; RG JW 1901, 83; RG JW 1901, 303

4) dazu ausführlich Abend, Dissertation, S. 30 ff.; vgl. auch Rosenberg, § 40 II 1; BGHZ 4, 334

5) Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 III 1 a

demonstratio", die von Amts wegen zu berichtigen ist¹⁾. Nur eine falsche Parteibezeichnung liegt beispielsweise vor, wenn eine unselbständige kommunale Anstalt an Stelle des Rechtsträgers oder eine Zweigniederlassung statt der Firma selbst klagt oder verklagt wird²⁾. Bei der Auslegung der Parteibezeichnung wird ein weiter Maßstab angelegt. Die neuere Rechtsprechung zeigt die Tendenz, eine einmal erhobene Klage, soweit irgend möglich, durch Berichtigung aufrecht zu erhalten und eine Abweisung zu vermeiden³⁾. Nur wenn das Gericht geprüft hat, ob nicht jemand anderes als die in der Klageschrift genannte parteiunfähige Partei in Wirklichkeit Prozeßpartei ist, und zu dem Ergebnis gelangt, daß der bezeichnete aber parteiunfähige Kläger oder Beklagte Prozeßpartei sein soll, liegt der seltene Fall des Prozesses und der Vornahme von Prozeßhandlungen durch einen Parteiunfähigen vor.

Sehr eingeschränkt wird die Annahme der Parteiunfähigkeit in Aktivprozessen des nicht rechtsfähigen Vereins durch die Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung in den letzten Jahren. Der nicht rechtsfähige Verein ist für solche Prozesse an sich nach § 50 parteiunfähig. Es ist aber anerkannt, daß angesichts der Tatsache, daß Gewerkschaften und politische Parteien durchweg in der Form nicht rechtsfähiger Vereine organisiert sind, diese Beschränkung des Rechtsschutzes nicht mehr der sozialen Wirklichkeit entspricht⁴⁾.

1) Blomeyer, § 6 III

2) vgl. z.B. RGZ 69, 391 (397); Klage gegen den Kirchenvorstand statt gegen die Kirchengemeinde; RGZ 35, 362: Klage gegen das "Gaswerk Lüdenscheid" statt gegen die Aktiengesellschaft; RGZ 64, 401: Klage der unselbständigen Sparkasse statt des kommunalen Rechtsträgers; BGHZ 4, 62 (65): Klage gegen eine Zweigniederlassung statt gegen die Firma selbst.

3) vgl. z.B. BAG NJW 1963, 680, das der unteren Instanz den Vorwurf macht, sie hätte prüfen müssen, ob es nicht nur ein Vergreifen im Worte war, wenn der Kläger die parteiunfähige Gesellschaft unter ihrem Namen verklagte statt unter dem Namen der einzelnen Gesellschafter.

4) vgl. Palandt, § 54 Anm. 2; zuletzt ausführlich BGH NJW 1965, 31

Ferner konnten Lehre und Rechtsprechung nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß der nicht rechtsfähige Verein seinem sozialen Erscheinungsbild nach ein vom rechtsfähigen Verein kaum noch zu unterscheidendes körperschaftliches Gebilde darstellt, dessen Unterstellung unter das Gesellschaftsrecht (§ 54 BGB) "der Natur der Sache zuwider"¹⁾ ist. Deshalb haben Lehre und Rechtsprechung entgegen den erklärten Absichten des Gesetzgebers die rechtspolitisch verfehlte Unterstellung unter das Gesellschaftsrecht immer mehr ausgehöhlt und ihn praktisch dem Recht des rechtsfähigen Vereins angeglichen²⁾.

Diese Entwicklung konnte nicht ohne Folgen für die Frage der aktiven Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine bleiben. Ein besonders großes praktisches Bedürfnis für die Eröffnung des Zivilrechtsweges besteht für die Durchsetzung von Ansprüchen der Gewerkschaften und politischen Parteien gegen rechtswidrige Beeinträchtigung ihrer Tätigkeit durch Privatpersonen oder konkurrierende Organisationen. In Lehre und Rechtsprechung wurden deshalb verschiedene Versuche gemacht, den notwendigen Rechtsschutz entgegen der gesetzlichen Regelung zu gewähren³⁾. Diese Entwicklung führte über die Anerkennung einer Klage des Vorstandes in Prozeßstandschaft⁴⁾ und einer Klage aller Vereinsmitglieder unter dem Sammelnamen des nicht rechtsfähigen Vereins⁵⁾ zur Zuerkennung der vollen

1) LG Bonn, NJW 1957, 1883

2) zu dieser Entwicklung: Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963, S.10 ff. und 186 ff.; Habscheid, AcP 155, 376 ff.; Soergel-Siebert, § 54 Anm. 2 ff.; Wapler, NJW 1961, 439

3) grundsätzlich ablehnend: Baumbach-Lauterbach, § 50 3 A; Rosenberg, § 42 II 2 a

4) so Stein-Jonas-Pohle, § 50 IV 6 für vermögensrechtliche Ansprüche; OLG Frankfurt, NJW 1952, 792 für Klagen wegen Namensrechtsverletzungen

5) so die bisher h.L., Habscheid, a.a.O. 415 ff.; LG Essen, NJW 1953, 1716; LG Bonn, NJW 1957, 1883; LG Köln, MDR 1962, 61

Parteifähigkeit in Aktivprozessen für die genannten Massenorganisationen¹⁾. Die Entwicklung scheint in Richtung der Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit für alle nicht rechtsfähigen Vereine schlechthin weiterzugehen²⁾.

Die Zuerkennung der aktiven Parteifähigkeit für Gewerkschaften und politische Parteien ist sachlich gerechtfertigt und den übrigen künstlichen und die wahre Rechtslage verschleiern den Lösungen vorzuziehen³⁾. Allerdings ist damit noch nicht die Richtigkeit der Meinung erwiesen, die schlechthin allen nicht rechtsfähigen Vereinen die volle Parteifähigkeit zuerkennen will. Auch auf der Suche nach einer vernünftigen und interessengemäßen Lösung kann der Boden des Gesetzes nur dort verlassen werden, wo ein unzweifelhafter Rechtsnotstand besteht. Es ist aber zu beachten, daß die Härte des Gesetzes nicht für alle nicht rechtsfähigen Vereine als ungerechtfertigt anerkannt werden darf⁴⁾. So können bei kleineren nicht rechtsfähigen Vereinen sämtliche Vereinsmitglieder in der Klageschrift namentlich aufgeführt werden, so daß hier kein Bedürfnis besteht, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen⁵⁾. Man darf auch nicht übersehen, daß bei Zuerkennung der aktiven Parteifähigkeit für alle nicht rechtsfähigen Vereine ein Anreiz geschaffen würde, den Erwerb der Rechtsfähigkeit zu unterlassen, um sich den unbequemen Anforderungen des Gesetzes zu

1) so erstmals BGH NJW 1965, 29 ff.

2) so schon Hellwig, Lehrbuch 1, S. 304 ff.; Denecke in BGB-RGRK, 11. Aufl., 1959, § 54 Anm.13; Fabricius, a.a.O., S. 207 ff.; Wapler, NJW 1961, 439 ff.; ausdrücklich offengelassen in BGH NJW 1965, 32

3) Der Sache nach gelangen alle diejenigen, die die unter dem Vereinsnamen auftretende Gesamtheit aller Mitglieder als Partei ansehen, zur aktiven Parteifähigkeit der Massenorganisationen, so richtig BGH NJW 1965, 31

4) darauf weist zu Recht Stein-Jonas-Pohle, § 50 IV 6, hin.

5) so auch BGH NJW 1965, 30

entziehen. Das gilt vor allem für die sogenannten Vorgesellschaften, d.h. die im Werden begriffene GmbH oder AG, für die im wesentlichen GmbH- oder Aktienrecht gelten und die passiv parteifähig sind¹⁾. Es ist aber nicht möglich, den Vorgesellschaften auch die aktive Parteifähigkeit zuzubilligen. Sonst könnten sich diese Gesellschaften leicht den unbequemen, aber sachgerechten Anforderungen entziehen, die das GmbH-Gesetz oder Aktiengesetz für sie aufstellen²⁾. Deshalb wird man bei Klagen nicht rechtsfähiger Vereine, die nicht zu den Massenorganisationen wie Gewerkschaften und politischen Parteien gehören, an dem Erfordernis der Parteifähigkeit festhalten müssen, so daß in diesem Rahmen das Problem der Bewertung und Heilung der von ihnen vorgenommenen Prozeßhandlungen noch besteht. Ferner sind parteiunfähig die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB), die stille Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB), die Firma des Einzelkaufmanns (§ 17 II HGB) und die Zweigniederlassung als solche, sofern nicht nur eine falsche Parteibezeichnung vorliegt.

II. Bewertung und Heilung des Mangels

Bei der Bewertung und Heilung der Prozeßhandlungen Parteiunfähiger ist die Interessenlage verschieden, je nachdem ob die Prozeßhandlungen im Streit um das Vorliegen der Parteifähigkeit oder im Verlaufe des Prozesses vorgenommen werden.

1. Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit

Entsteht in der ersten Instanz über die Parteifähigkeit ein Streit (Zulassungsstreit), so beschränkt

1) streitig; für passive Parteifähigkeit BAG NJW 1963, 681 mit weiteren Nachweisen

2) mißverständlich daher BAG NJW 1963, 681: die werdende GmbH sei als Vorform der GmbH "zum mindesten" als passiv parteifähig anzusehen.

sich die Verhandlung darauf, ob die Parteifähigkeit vorliegt oder nicht. Die im Rahmen dieses Streits von der parteiunfähigen Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen, insbesondere die Rechtsmitteleinlegung gegen das die Parteifähigkeit verkennende Urteil, sind als voll wirksam zu bewerten¹⁾. Diese Folgerung muß im Interesse der Rechtspflege an der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens gezogen werden, da andernfalls sich ein Verfahren zur Feststellung der Parteifähigkeit gar nicht durchführen ließe²⁾. Ebenso kann der Parteiunfähige in diesem Rahmen das Verfahren wirksam gestalten, also Rechtsmittel zurücknehmen oder darauf verzichten³⁾. Daraus kann aber nichts für die Bewertung der Prozeßhandlungen bei Parteiunfähigkeit im allgemeinen geschlossen werden, wie dies von Abend getan wird⁴⁾. Der Zulassungsstreit schafft "eine besondere prozessuale Situation"⁵⁾, da der Streit nur um das Vorliegen der Parteifähigkeit geht. Wenn das Gesetz aber diesen Zwischenstreit ausdrücklich vorsieht, §§ 274 II Nr. 7, 275, muß auch seine rechtliche Möglichkeit gegeben sein.

Für die im Zulassungsstreit vorgenommenen Prozeßhandlungen entsteht das Problem der Heilung nicht, da die Prozeßhandlungen sowieso wirksam sind.

2. Die Bewertung und Heilung der Prozeßhandlungen bei Parteiunfähigkeit von Klagerhebung an

Liegt Parteiunfähigkeit bei Erhebung der Klage und der Vornahme von Prozeßhandlungen im weiteren Verlaufe des Verfahrens vor, ist die Bewertung unter dem Gesichtspunkt der innerprozessualen Wirksamkeit und der Heilbarkeit der Prozeßhandlungen sowie unter dem Gesichtspunkt ihrer verfahrensmäßigen Behandlung durch das Gericht vorzunehmen.

1) Blomeyer, § 30 III 2 a; BGHZ 24, 94

2) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 102

3) Rosenberg, § 42 III 4

4) Dissertation, S. 13

5) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 102

a) Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen

Die Bewertung des Fehlers in seinem Einfluß auf die Entwicklung des Verfahrens und die Heilbarkeit, insbesondere bei der Klage, ist sehr umstritten. Die Bewertungen reichen von "völlig wirkungslos" bis "voll wirksam".

Der Streit ist noch sehr im Begrifflichen verhaftet. So wird das Ergebnis meist von dem Begriff der Parteifähigkeit und ihrer Einstufung als Prozeßvoraussetzung oder Prozeßhandlungsvoraussetzung abhängig gemacht. Daraus werden dann für alle innerprozessualen Wirkungen deduktiv die Ergebnisse abgeleitet, was oft zu unhaltbaren praktischen Konsequenzen führt.

Alle diejenigen, die die Parteiunfähigkeit der Nichtexistenz einer Partei gleichstellen, kommen logisch konsequent zu dem Ergebnis, dieser "Mangel der Rechtssubjektivität" mache den Prozeß "schlechthin unmöglich"¹⁾. Daher führt von diesem Standpunkt aus, gleichsam logisch gefordert, die Klage eines Parteiunfähigen keine Rechtshängigkeit herbei und sie, sowie alle weiteren von dem Mangel betroffenen Prozeßhandlungen, sind nichtig und weder durch die Erlangung der Parteifähigkeit noch durch Genehmigung heilbar²⁾. Das Verfahren muß durch Beschluß eingestellt werden³⁾. Erght ein Urteil, ist dieses nichtig⁴⁾.

Im Gegensatz hierzu definiert Nikisch die Parteifähigkeit als "die Fähigkeit, mit der Wirkung zu klagen oder verklagt zu werden, daß ein Urteil über den vom Kläger erhobenen Anspruch, ein Urteil zur Hauptsache, ergehen kann"⁵⁾. Da nach dieser Auffassung nur die

1) so Wach, Handbuch, S. 520

2) Sauer, Grundlagen, S. 310, 505 f.; Prozeßrechtslehre, § 14 IV 2 f; Siegert, Prozeßhandlungen, S. 50; Skedl, a.a.O., S. 355

3) Skedl, a.a.O., S. 356

4) Sauer, Grundlagen, S. 362; Skedl, a.a.O., S. 356; Kleinfeller, JW 1920, 909 (Anm.)

5) § 29 I; zustimmend Blomeyer, § 7 I; Abend, Dissertation, S. 13

Zulässigkeit der Sachentscheidung, nicht aber die Wirksamkeit der einzelnen Prozeßhandlungen von der Parteifähigkeit abhängt, kommt man zu einem der obigen Ansicht entgegengesetzten Ergebnis. Die Klagerhebung führt zur Einleitung eines Urteilsverfahrens, und jede Prozeßhandlung des Parteiunfähigen ist wirksam¹⁾.

Wenn die Partei im Laufe des Prozesses parteifähig wird, kann Sachurteil ergehen, ohne daß die bisherige Prozeßführung durch Genehmigung geheilt zu werden braucht²⁾.

Dazwischen steht die herrschende Lehre, die der Parteifähigkeit sowohl den Charakter einer Prozeßvoraussetzung als auch einer Prozeßhandlungsvoraussetzung zuerkennt und aus beiden Einstufungen gewisse Folgerungen zieht, indem die Klage eines Parteiunfähigen zwar den Prozeß einleitet, aber auch die einzelnen Prozeßhandlungen unwirksam und daher heilungsbedürftig sind³⁾. Dabei entstehen aber Widersprüche, die vor allem Abend der herrschenden Lehre nachgewiesen hat⁴⁾. Ohne weiteres wird man aber weder sagen können, die Parteifähigkeit sei ein "so außerordentlich wichtiges Erfordernis"⁵⁾, so daß bei ihrem Fehlen die Klage sowie alle weiteren Prozeßhandlungen absolut nichtig und unheilbar seien, noch andererseits, daß die mangelnde Parteifähigkeit "nicht so schwer wiegt"⁶⁾.

Bei der Bewertung des Mangels steht sein Einfluß auf die Klage, als die wichtigste Prozeßhandlung, im Vordergrund.

-
- 1) Abend, Dissertation, S. 12 ff.; OVG Lüneburg, NJW 1955, 1207 bezüglich Rechtsmittel
 - 2) Abend, a.a.O., S. 72; Nikisch, § 29 III 2; im Ergebnis auch alle diejenigen, die Heilung ipso iure durch Erlangung der Parteifähigkeit annehmen, so z.B. Lent, 9. Aufl., § 19 III 2
 - 3) so z.B. Lent-Jauernig, § 19 III, Stein-Jonas-Pohle, § 50 I; Merzyn, Dissertation, S. 14; Rosenberg, § 42 III 1
 - 4) Dissertation, S. 9 ff.
 - 5) Sauer, Grundlagen, S. 362
 - 6) Nikisch, § 29 III 3

Sowohl im Interesse der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens als auch im Interesse der parteiunfähigen Partei selbst kann die Klärung der Parteifähigkeit nur i n n e r h a l b des Verfahrens erfolgen. Die Entscheidung über die Parteifähigkeit kann von sehr bestrittenen Tat- und Rechtsfragen abhängen und kann eine umfangreiche Beweisaufnahme zur Voraussetzung haben¹⁾. Dafür ist nur die kontradiktorische Verhandlung geeignet. Das Beschlußverfahren ist dem System der ZPO fremd, wie die §§ 274, 275 zeigen²⁾. Es entspricht auch dem Interesse des Parteiunfähigen, wenn seine Klage ein Verfahren in Lauf setzt, in dem über den Mangel der Parteifähigkeit zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden ist, so daß der Prozeß auch in eine höhere Instanz gebracht werden kann. Im Interesse der Vermeidung widerspruchsvoller Entscheidungen muß auch einer zweiten Klage der Partei über den gleichen Anspruch der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden können, bis die Frage der Parteifähigkeit im ersten Verfahren geklärt ist. Gewisse prozessuale Wirkungen treten also auch bei Parteiunfähigkeit ein.

Wenn auch die Prozeßhandlungen Parteiunfähiger nicht völlig wirkungslos oder absolut nichtig sind, sondern gewisse Wirkungen äußern, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie auch wirksam in dem Sinne sind, daß sämtliche ihnen vom Gesetz beigelegten näheren Wirkungen auf die Entwicklung des Verfahrens auch eintreten, d.h., daß sie zur Grundlage einer Sachentscheidung werden und die Prozeßentwicklung dort hin weitertreiben können. Dies hängt davon ab, welchem Zweck die Vorschriften über die Parteifähigkeit dienen.

Die Vorschriften über die Parteifähigkeit bezwecken sowohl die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens

1) RGZ 35, 364

2) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 336 Anm.5

als auch den Schutz von den Personenvereinigungen oder Organisationen, die, ohne selbst Rechtsträger zu sein, als Kläger oder Beklagter einen Prozeß führen. Es soll durch das Erfordernis der Parteifähigkeit einmal sichergestellt werden, daß Verhandlung und Entscheidung gerade den Rechtsträger binden, zum anderen aber auch verhindert werden, daß zum Schaden der Betroffenen mehrere Prozesse über dasselbe Recht geführt werden können, etwa Prozesse durch die Zweigniederlassung und die Firma selbst. Ein nicht rechtsfähiges Gebilde soll nicht in einen Prozeß gezogen werden können, da es durch seine Organisation nicht über handlungsfähige Organe im Prozeß verfügt¹⁾.

Das Verfahrensinteresse an der Bindung der Rechtsträger durch das Sachurteil wäre an sich in ausreichender Weise gewährleistet, wenn die Parteifähigkeit lediglich zur Voraussetzung einer Sachentscheidung erhoben wäre²⁾. Darüber hinaus erfordert aber der Schutz der betroffenen Partei, daß jede einzelne von ihr vorgenommene Prozeßhandlung nicht ihre vollen Wirkungen entfaltet. Diese zusätzliche Schutzwirkung wird allerdings nur dann praktisch bedeutsam, wenn die Parteiunfähigkeit des Handelnden unerkannt geblieben, zur Sache verhandelt und dann die Parteifähigkeit im Lauf des Verfahrens eingetreten ist. Hat das Gericht dagegen in der mündlichen Verhandlung die Parteiunfähigkeit aufgedeckt, darf, abgesehen von der Ausnahme des § 56 II, nicht zur Sache verhandelt werden. Es bleibt sich dann gleich, ob man die Sachverhandlung als unzulässig oder die einzelnen Prozeßhandlungen als unwirksam bezeichnet. In beiden Fällen wird die Klage durch Prozeßurteil abgewiesen. Dieser Unterschied erlangt jedoch dann Bedeutung, wenn im Laufe des Rechtsstreits die Par-

1) vgl. Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 I 2

2) dieser Ansicht sind Abend, Dissertation, S. 12 ff. und Nikisch, § 29 I

teifähigkeit erworben und die frühere Parteiunfähigkeit aufgedeckt wird. Folgt man der Ansicht von Abend¹⁾ und Nikisch²⁾, kann Sachurteil ergehen und die Partei wird an ihrer gesamten Prozeßführung festgehalten, ohne daß sie es in der Hand hat, nach ihrer Wahl die Prozeßführung durch Genehmigung wirksam werden zu lassen, oder sich auf die Unwirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen, z.B. eines Anerkenntnisses, zu berufen. Steht die parteiunfähige Partei in der Beklagtenrolle, würde diese Folgerung nicht ihren schutzwürdigen Interessen entsprechen. So müßte beispielsweise eine verklagte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, aus der im Laufe des Rechtsstreits eine OHG hervorgeht, an ihrer früheren Prozeßführung festgehalten werden, obwohl sie das Gesetz wegen ihrer prozeßungeeigneten Organisationsform gerade vor dem Hineinziehen in ein Verfahren bewahren wollte. Vielmehr liegt es in ihrem Interesse, durch Genehmigung die Urteilsgrundlage zu erhalten oder auch die Unwirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen geltend zu machen³⁾. Ebenso muß das Erfordernis der Genehmigung für den parteifähig gewordenen Kläger gelten, etwa den nicht rechtsfähigen Verein, der durch die Eintragung in das Vereinsregister rechtsfähig geworden ist. Wenn auch hier die Versagung der Genehmigung selten vorkommt, da der Kläger eine Prozeßabweisung vermeiden wird, kann er nicht ohne seinen Willen an die früheren Prozeßhandlungen gebunden bleiben. Soweit der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins Klage erhoben oder sonstige Prozeßhandlungen vorgenommen hat, kann er nicht für die später entstehende juristische Person handeln⁴⁾. Es würde auch nicht den Interessen des rechtsfähig gewordenen Vereins entsprechen, wenn sein Vorgänger durch die Prozeß-

1) a.a.O.

2) a.a.O.

3) vgl. RG JW 1891, 351

4) vgl. RGZ 134, 122; BGHZ 17, 391 hinsichtlich der Geschäfte des bürgerlichen Rechts

führung Pflichten für ihn begründen könnte, obwohl der nicht rechtsfähige Verein vor der Eintragung noch gar nicht Rechts- und Pflichtenträger sein konnte. Es ist praktisch durchaus denkbar, daß der Prozeß anders geführt worden wäre, wenn schon zur Zeit der Klagerhebung die Rechtsfähigkeit bestanden hätte.

Danach sind die einzelnen von dem Mangel betroffenen Prozeßhandlungen, z.B. Geständnisse oder ein Anerkenntnis, als unwirksam zu bewerten, da es von der parteifähig gewordenen Partei selbst abhängen muß, ob sie die Wirksamkeit der Prozeßführung und damit die Grundlage für ein Sachurteil durch Heilung herbeiführen will oder nicht. Dagegen liegt es weder im Interesse der Rechtspflege noch der Parteien selbst, die Prozeßhandlungen als unheilbar nichtig (ungültig) zu bewerten. Die Klage muß im Interesse eines ordnungsgemäßen Verfahrens gewisse innerprozessuale Wirkungen ausüben, und die einzelnen Prozeßhandlungen müssen heilbar sein. Im Interesse der Prozeßökonomie ist es unbefriedigend, wenn der gesamte Prozeß in allen seinen Akten wiederholt werden müßte, obwohl die Parteifähigkeit inzwischen erlangt und der Prozeß ordnungsgemäß weitergeführt wurde. Auch ein überwiegendes Interesse des Beklagten, den Verein zur Erhebung einer erneuten Klage zu veranlassen, besteht nicht¹⁾.

b) Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen

Durch Genehmigung nach Erwerb der Parteifähigkeit werden die von dem Parteiunfähigen bisher vorgenommenen Prozeßhandlungen voll wirksam. Der Erwerb der Parteifähigkeit ist z.B. möglich, wenn der klagende

1) auch die h.L. nimmt die Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung an, z.B. Blomeyer, § 7 III 1; Merzyn, Dissertation, S. 24 f.; Rosenberg, § 42 III 1 b; RG JW 1895, 194; RG JW 1901, 83; OLG Jena, JW 1937, 1659; für Heilung durch Erlangung der Parteifähigkeit ipso iure, Lent, 9. Aufl., § 19 III 2; RG JW 1901, 303; anders jetzt Lent-Jauernig, § 19 III 2: Heilung durch Genehmigung vorzuziehen.

nicht rechtsfähige Verein im Laufe des Prozesses in das Vereinsregister eingetragen wird.

Die Heilung wirkt auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurück, da anderenfalls der Zweck der Heilung, die Ermöglichung einer Sachentscheidung, nicht erreicht werden könnte. Die Prozeßführung kann nur als Ganzes genehmigt werden, um für die Dynamik des Prozesses schädliche Schwebezustände zu vermeiden¹⁾. Die Genehmigung kann auch konkludent, etwa durch Fortführung des Prozesses nach Eintragung des nicht rechtsfähigen Vereins im Vereinsregister, und zu jedem Zeitpunkt, auch noch nach Rechtskraft des den Mangel verkennenden Urteils, erklärt werden.

Von der Frage der Heilung durch Genehmigung zu trennen, ist das Erfordernis der Identität bei Erlangung der Rechtsfähigkeit. Der Erwerb der Parteifähigkeit bei Wahrung der Identität führt a l l e i n noch nicht die Heilung herbei²⁾, sondern erst die Genehmigung durch die parteifähig gewordene Partei. Die Möglichkeit der Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlungen durch Genehmigung hängt aber davon ab, ob durch die Erlangung der Rechtsfähigkeit seitens der nicht rechtsfähigen Partei deren Identität gewahrt bleibt. Ist das nicht der Fall, so z.B. wenn der parteifähig gewordene Verein dem früheren nicht rechtsfähigen Verein nicht nach "Zweck, Name und Verfassung"³⁾ gleich ist, so gelten die besonderen Grundsätze über den Parteiwechsel⁴⁾. Bei fehlender Identität auf Klägerseite kann die Genehmigung der früheren Prozeßführung durch den neuen Kläger nicht genügen,

-
- 1) Ob auch die die Rechtskraft eines Urteils herbeiführenden Prozeßhandlungen wie Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme von der Genehmigung erfaßt werden, ist unten S. 99 ff. näher behandelt.
 - 2) a.A. offenbar Stein-Jonas-Pohle, § 50 VII 1; vgl. dazu Blomeyer § 7 III 1 zu Anm. 5
 - 3) RGZ 85, 258
 - 4) vgl. dazu die neuere Lehre: Blomeyer, § 115 III; Rosenberg, § 41 III gegen die ältere Lehre, die die Grundsätze über die Klagänderung anwendet.

um ein Sachurteil gegen den Beklagten zu erreichen. Denn einmal kann die Prozeßführung über einen fremden Streitgegenstand nicht genehmigt werden¹⁾, zum anderen würde der Beklagte in der Berufungsinstanz eine Tatsacheninstanz verlieren. Will vielmehr der jetzt parteifähige Kläger den Prozeß fortsetzen, so ist eine zusätzliche Klage gegen den Beklagten, die Klagrücknahme des früheren nicht rechtsfähigen Gebildes und die Zustimmung des Beklagten erforderlich, sofern er bereits zur Hauptsache mündlich verhandelt hat²⁾. Bei Beklagtenwechsel³⁾ ist die Situation ähnlich. Hier findet Klagerstreckung durch eine neue Klage auf den Beklagten statt unter gleichzeitiger Rücknahme der Klage gegen das nicht rechtsfähige Gebilde. In der Berufungsinstanz geht dies nur mit Zustimmung des neuen Beklagten⁴⁾.

Ein Unterschied zwischen der Heilung bei Identität und dem Parteiwechsel besteht auch darin, daß die Heilung durch Genehmigung auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurückwirkt, so daß beispielsweise zur Unterbrechung der Verjährung keine neue Klage gemäß § 212 II BGB erforderlich ist. Beim Parteiwechsel dagegen werden die materiell rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht zurückbezogen, so daß die inzwischen eingetretene Verjährung nach Eintritt der neuen Partei in das Verfahren nicht rückwirkend unterbrochen wird⁵⁾.

c) Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen

Von dem Einfluß des Mangels der Parteifähigkeit auf die innerprozessualen Wirkungen der Prozeßhandlungen ist zu unterscheiden die Wirkung des Fehlers auf den

1) Blomeyer, § 115 V zu Anm. 6

2) Blomeyer, § 115 V 2

3) Beispiel in RG JW 1891, 350: Klage gegen nicht parteifähige Schulgemeinde, die später die Rechtsfähigkeit erlangte. Das RG nahm Klagänderung an und wies die Klage ab.

4) Rosenberg, § 41 III 2

5) BAG 5, 96

Richter des Prozesses, der die endgültig fehlerhaften Prozeßhandlungen bei seiner Entscheidungstätigkeit zu bewerten hat. Anträge werden als unzulässig zurückgewiesen, Rechtsmittel des Parteiunfähigen werden, wenn der Mangel nach Ergehen eines Sachurteils erst in der Berufungs- oder Revisionsinstanz aufgedeckt wird, nicht als unzulässig verworfen, sondern die Klage ist als unzulässig abzuweisen¹⁾. Anderenfalls würde das Urteil rechtskräftig und müßte durch Nichtigkeitsklage beseitigt werden. Bei der Behandlung einer Klage ist zu unterscheiden:

Schon bei der Terminsanberaumung unterliegt die Klage einer ersten Bewertung durch das Gericht (Vorsitzender oder Amtsrichter) in dem Sinne, ob das Gericht die Klage annehmen, über sie verhandeln und entscheiden kann²⁾. Grundsätzlich folgt aus den prozeßeinleitenden Wirkungen der Klagerhebung durch eine parteiunfähige Partei, daß über die Frage der Parteifähigkeit nur aufgrund der mündlichen Verhandlung durch Prozeßurteil zu entscheiden ist. Das setzt aber voraus, daß das Gericht Termin zur mündlichen Verhandlung auch bei der Parteiunfähigkeit des Klägers bestimmen muß, insbesondere wenn der Mangel der Parteifähigkeit noch nicht sicher feststeht. Nicht so eindeutig ist die Lage aber, wenn die Parteiunfähigkeit ersichtlich feststeht. In diesem Falle kann nach Rosenberg die Terminsbestimmung durch Beschluß abgelehnt werden³⁾, während die h.L. aus der Qualifikation der Parteifähigkeit als Prozeßvoraussetzung den Schluß zieht, das Gericht dürfe die Terminsbestimmung nicht verweigern⁴⁾.

Das Merkmal der Offenkundigkeit des Mangels reicht aber nicht aus, die Terminsanberaumung abzulehnen.

1) h.L. vgl. Blomeyer, § 30 III 2 c

2) Blomeyer, § 43 I 2; Rosenberg, § 91 I 2; a.A. Reiner, Dissertation, S. 17: die Tätigkeit des Richters erschöpfe sich in der formellen Anberaumung eines Verhandlungstermins.

3) § 91 I 2

4) Baumbach-Lauterbach, § 216 2 A b

Denn die Heilung des Fehlers im Verlauf der mündlichen Verhandlung ist möglich, so z.B. wenn der nicht rechtsfähige Verein die Rechtsfähigkeit erlangt. Auch kann der parteiunfähige Kläger unter den Voraussetzungen des § 56 II vorläufig zur Verhandlung zugelassen werden. Diese Möglichkeiten wären dem Kläger durch Verweigerung der Terminsanberaumung abgeschnitten.

War der Mangel bei Klagerhebung vorhanden, ist er aber erst im Verlaufe des Prozesses, u.U. erst in einer höheren Instanz, aufgedeckt worden, so ist die Klage durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen¹⁾.

§ 8 Die nicht existente Partei

Mit der Unterscheidung zwischen Parteiunfähigkeit und Nichtexistenz der Partei ergibt sich das Erfordernis, die Bewertung und Heilung der für eine nicht existente Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen näher zu betrachten.

I. Die einzelnen Fälle der Vornahme von Prozeßhandlungen durch eine nicht existente Partei

Die Vornahme von Prozeßhandlungen durch eine nicht existente Partei ist dann denkbar, wenn ein "Vertreter" namens einer bereits verstorbenen oder fingierten natürlichen oder einer bereits erloschenen juristischen Person handelt. Auch hier ist aber zu beachten, daß bei Bezeichnung einer nicht vorhandenen Partei in der Klageschrift oft nur eine falsche Parteibezeichnung vorliegt, die zu berichtigen ist.

1) ganz h.L. Rosenberg, § 42 III 3 a

Deshalb wird auch hier eine Beteiligung nicht existenter Parteien am Prozeß selten vorkommen. Sie ist nur dann möglich, wenn Kläger oder Beklagter nach Auslegung der Klage *t a t s ä c h l i c h* nicht vorhanden sind. Dies kann der Fall sein bei der Klage namens einer erloschenen und im Handelsregister gelöschten KG¹⁾ oder gegen eine solche OHG²⁾ oder gegen eine Stiftung, die nicht zur Entstehung gelangt ist³⁾. Prozesse mit fingierten Parteien werden kaum vorkommen. Aus der Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, kein derartiger Fall bekannt.

Nicht hierher gehört der Fall der Klage oder die Vornahme anderer Prozeßhandlungen im Namen eines Toten, wenn dieser zu Lebzeiten Vollmacht erteilt hatte, aber vor Vornahme der Prozeßhandlungen durch den Bevollmächtigten gestorben war⁴⁾. Nach h.L. folgt aus § 86, daß Partei in Wirklichkeit die Erben geworden sind, da die Vollmacht mit dem Tode nicht erlischt, vielmehr für die Erben wirkt⁵⁾. Die Klage ist deshalb ohne weiteres auf die Erben umzustellen.

Diese Auslegung des § 86 entspricht den Bedürfnissen des Prozeßverkehrs und ergibt sich aus seinem Wortlaut. Das Fortbestehen der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus kann nur den Sinn haben, daß der Bevollmächtigte nun mit Wirkung für und gegen die Erben den Prozeß führen kann. Demgegenüber hat es keine Be-

1) RGZ 157, 369 ff.

2) BGHZ 24, 91 ff.

3) RGZ 170, 21 ff.

4) Beispiele: OLG Dresden, JW 1921, 41 und BGH ZRP 71, 472: Klagerhebung durch einen bevollmächtigten Anwalt namens eines Verstorbenen; RGZ 68, 391: Revisionseinlegung namens eines Toten.

5) Baumbach-Lauterbach, § 86 2 B a; Stein-Jonas-Pohle, § 50 VII 2 und ständige Rechtsprechung, z.B. OLG Dresden, a.a.O. und BGH, a.a.O.; a.A. Abend, Dissertation, S. 60 ff.; Siegert, Prozeßhandlungen, S. 50; Staudinger, Erbrecht, 10. Aufl., 1937, § 1922 XII 2 b, Anm. 229

deutung, daß als Partei der Erblasser gewollt war¹⁾. Nichts anderes kann für den Fall gelten, daß im Parteiprozeß ohne anwaltliche Vertretung ein Kläger eine Klageschrift beim Amtsgericht eingereicht, aber vor deren Zustellung an den Beklagten stirbt²⁾. Die Zustellung läßt das Prozeßverhältnis zwischen den Erben des Klägers und dem Beklagten entstehen. Ein Prozeß mit einer nicht existenten Partei liegt nicht vor. Nur wenn die auszulegende Parteibezeichnung in der Klageschrift weder auf eine parteifähige noch eine parteiunfähige Partei zutrifft, ist ein Prozeß, an dem eine nichtvorhandene Prozeßpartei beteiligt ist, gegeben.

II. Bewertung und Heilung des Mangels

Auch der Streit, welche Wirkungen die Prozeßhandlungen namens einer nicht existenten Partei entfalten können, ist sehr stark im Begrifflichen verhaftet. So scheint es ein Gebot der Logik zu sein, daß beim Fehlen einer Partei kein Zivilprozeß zustande kommen kann und alle Prozeßhandlungen absolut nichtig sind. Auf diesem Standpunkt stehen alle diejenigen, die schon bei Parteiunfähigkeit den Prozeßhandlungen sämtliche Wirkungen und die Möglichkeit der Heilung absprechen. Aber auch sonst wird häufig aus dem Erfordernis des Vorhandenseins zweier Parteien gefolgert, daß ein Formalprozeß mit abschließendem Prozeßurteil nicht möglich ist, wenn eine Partei nicht existiert³⁾. Konsequenter wird weiter gefolgert, daß ein Streit über die Existenz einer Partei nicht im Verfahren geführt werden könne, da ein solches gar nicht zustande komme⁴⁾. Von diesem Standpunkt aus wird vor

1) so aber Kisch, JW 1921, 41, der Nichtigkeit der Klage annimmt

2) Wieczorek, § 50 B I b 2; Analogie zu § 130 II BGB; ähnlich Rosenberg, § 42 II 1 a

3) Reiner, Dissertation, S. 56 f.; Kisch, JW 1921, 41 (Anm.)

4) Abend, Dissertation, S. 103; Reiner, Dissertation, S. 59

allem von Abend¹⁾ und Reiner²⁾ der h.L. ein Widerspruch vorgeworfen, da diese die Klage bei Nichtexistenz einer Partei als unzulässig durch Prozeßurteil abweist.

Abend und Reiner ist zuzugeben, daß die h.L. keine Begründung dafür zu geben vermag. Die Existenz zweier Parteien als Prozeßvoraussetzung anzusehen³⁾ und mit der Parteifähigkeit auf eine Stufe zu stellen, um zu einer Abweisung durch Prozeßurteil zu gelangen, erscheint etwas künstlich.

Es müssen aber auch hier verschiedene prozessuale Situationen, sowie der Einfluß des Mangels auf die zweifachen Wirkungen der Prozeßhandlungen unterschieden werden.

1. Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit

Die Fälle, in denen die Nichtexistenz einer Partei evident und unbestritten ist, werden gegenüber denjenigen, in denen diese erst nach Beweiserhebung und u.U. schwierigen rechtlichen Überlegungen erkannt wird, in der Minderzahl sein. Deshalb kann es sehr wohl zum Zwischenstreit kommen, in dem erst die Nichtexistenz einer Partei zu klären ist. Dies ist z.B. bei der Frage der Fall, ob noch eine Liquidationsgesellschaft besteht oder ob die Vollbeendigung der Gesellschaft eingetreten ist⁴⁾. In diesem Rahmen muß man die Partei als vorhanden und die Prozeßhandlungen ihres angeblichen Vertreters oder des von ihm Bevollmächtigten als wirksam ansehen. Dieser Zulassungsstreit kann auch innerhalb des bis zur Entstehung von Zweifeln an der Existenz der Partei tatsächlich durchgeführten Verfahrens durch End- oder Zwischen-

1) a.a.O., S. 108

2) a.a.O., S. 57

3) so Lent-Jauernig, § 33 IV 2 a; Rosenberg, § 89 II 2

4) Beispiel in BGHZ 24, 91 ff.: das Berufungsgericht nahm das Bestehen einer Liquidationsgesellschaft an, der BGH aber Vollbeendigung der Gesellschaft.

urteil entschieden werden¹⁾. Im Interesse eines ordnungsgemäßen Verfahrens kann hier nichts anderes gelten, als im Zwischenstreit um die Parteifähigkeit. Der von Abend²⁾ vorgeschlagene Weg, der Partei, deren Nichtexistenz im Streite ist, analog § 279 a eine Frist zur Führung des Nachweises ihrer Existenz zu setzen und, wenn ihr dies nicht gelingt, das Verfahren durch Beschluß einzustellen, ersetzt nicht die Vorzüge eines Zwischenstreits, der innerhalb des Verfahrens durchgeführt wird. Man muß auch ein Rechtsmittel gegen das die Existenz verkennende Urteil zulassen, damit der Streit in die höhere Instanz gebracht werden kann³⁾.

2. Die Bewertung der Prozeßhandlungen im weiteren Verlauf des Prozesses

a) Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen

Irgendwelche innerprozessualen Wirkungen können außerhalb des Zulassungsstreits den Prozeßhandlungen nicht existenter Parteien nicht zukommen. Insbesondere bei Klagen ist es nicht möglich, die weitgehenden prozessualen und materiell rechtlichen Wirkungen eintreten zu lassen, wenn eine Partei überhaupt fehlt. Es besteht kein Streitgegenstand und ein Sachurteil kann nicht ergehen⁴⁾. Hier liegt es grundsätzlich anders als beim Mangel der Parteifähigkeit. Das nicht rechtsfähige Gebilde kann als Träger ihm zugehöriger Rechte und Pflichten erscheinen, wenn es auch in Wahrheit nicht selbst Rechtsträger ist. Ist ein solcher mög-

1) a.A. Siegert, Prozeßhandlungen, S. 50 Anm. 3

2) Dissertation, S. 103

3) BGHZ 24, 94; a.A. Abend, Dissertation, S. 119 f. mit der formalistischen Begründung, ein Rechtsmittel für oder gegen "Niemand" könne es nicht geben. Es soll aber erst die Nichtexistenz der Partei in der Rechtsmittelinstanz geklärt werden !

4) Ergeht es aber trotzdem, so ist es wirkungslos und nicht nur anfechtbar, h.L. z.B. Rosenberg, § 40 V; Blomeyer, § 7 III 4 Anm. 2

licher Rechtsträger aber tatsächlich gar nicht vorhanden, kann ein Streit über einen prozessualen Anspruch nie entstehen, da ein solcher niemandem zugerechnet werden könnte. Ein Prozeß selbst kann daher rechtlich gar nicht stattfinden. Mangelt es bei Klagerhebung nur an der Parteifähigkeit des Klägers, kann dieser die geforderte Eigenschaft im Verlaufe des Rechtsstreits erwerben und die Prozeßhandlungen genehmigen, so daß Sachurteil ergehen kann. Bei der nicht existenten Partei ist der Erwerb der Parteieigenschaft im Laufe des Verfahrens nicht denkbar, sondern nur der Eintritt einer völlig neuen Partei und die Einführung eines neuen Streitgegenstandes in den Prozeß, was immer einen Parteiwechsel darstellt¹⁾. Die Heilung der Prozeßhandlungen ist also nicht möglich, so daß die Klage keine ihrer bestimmungsgemäßen näheren Wirkungen entfalten kann. Das gleiche gilt für alle übrigen Erwirkungs- oder Bewirkungshandlungen. Die Bewertung kann also nur völlig wirkungslos und unheilbar lauten.

Dem steht nicht entgegen, daß bei Nichtaufdeckung des Mangels scheinbar ein Verfahren durchgeführt wird, das in allem die Merkmale eines gültigen Prozesses aufweist²⁾. Wird der Mangel aber vielleicht erst in der Revisionsinstanz erkannt, steht fest, daß keine der namens einer nicht existenten Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen irgend eine Wirkung ausgeübt hat, z.B. eine Klage zur Rechtshängigkeit geführt hat, oder jemals nachträglich die Wirksamkeit erlangen wird³⁾.

-
- 1) Beispiel in RGZ 157, 369 ff.: Klage einer erloschenen KG vertreten durch den angeblichen Liquidator. Der Kläger kann persönlich eintreten; das ist Parteiwechsel aber keine Heilung, vgl. Blomeyer, § 115 III 2 Anm. 4
 - 2) Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 79: die mündliche Verhandlung habe nur eine tatsächliche und nicht eine rechtliche Bedeutung.
 - 3) Stein-Jonas-Pohle, § 50 VII 2; BGH ZZP 71, 472

b) Die verfahrensmäßige Behandlung des Mangels

Eine ganz andere Frage ist es, wie das Gericht die im Namen einer nicht existenten Partei erhobene Klage oder einen Antrag verfahrensrechtlich zu behandeln hat. Hier zeigt sich erstmals der Vorteil einer zweifachen Bewertung von verschiedenen Gesichtspunkten aus. Die Bewertung der näheren Wirkungen der Prozeßhandlungen durch das Gericht braucht nicht den Wertkategorien zu entsprechen, die der Richter bei seiner Entscheidungstätigkeit anzuwenden hat. Wenn auch die Klage und alle übrigen Prozeßhandlungen keine Wirkungen in Bezug auf die Entwicklung des Verfahrens ausüben, so daß ein Prozeß im Rechtssinne gar nicht vorliegt, bedeutet das noch nicht, daß vom Standpunkt der richterlichen Bewertung aus diese Prozeßhandlungen unbeachtlich sind, daß auf sie also nichts zu erfolgen habe¹⁾. Diese Konsequenz wird auch meist abgelehnt, aber es wird für die Klage doch versucht, durch Zwischenlösungen zum Ausdruck zu bringen, daß kein Urteilsverfahren zum Entstehen gelangt ist. So sieht Sauer²⁾ für diesen Fall einen Beschluß mit dem Tenor "die Entscheidung wird abgelehnt" vor und Abend³⁾ sowie Reiner⁴⁾ wollen einen Beschluß mit der Feststellung, daß ein Urteilsverfahren nicht stattfinden könne, erlassen.

Diese Vorschläge beruhen auf der richtigen Vorstellung, daß eine richterliche Entscheidung nicht unterbleiben kann, wollen aber andererseits auch die Konsequenz daraus ziehen, daß die Klage nicht zu einem Urteilsverfahren und zur Rechtshängigkeit führt. Eine befriedigende und der Praxis dienliche Lösung ergibt sich aus der Bewertung nach verschiedenen

-
- 1) so grundsätzlich Sauer, Prozeßrechtslehre, § 14 III 2 a für Anträge; Abend, Dissertation, S. 111 für den Fall, daß die Nichtexistenz unbestritten ist.
2) Grundlagen, S. 504, Prozeßrechtslehre, § 14 IV 2 b
3) Dissertation, S. 112
4) Dissertation, S. 60; vgl. Süß, ZZP 55, 278

Gesichtspunkten. Ein Verfahren wird zwar nicht rechts-
hängig, insoweit sind die Klage und die gesamte übrige
Prozeßführung völlig wirkungslos, aber die vom Blick-
punkt des Richters aus auf Erwirkungshandlungen allein
anwendbaren Wertkategorien sind "zulässig bzw. unzu-
lässig". Anträge sind deshalb als unzulässig zu ver-
werfen. Bei der Klage sind zwei verschiedene Prozeß-
situationen zu unterscheiden:

Steht bei Terminanberaumung die Nichtexistenz einer
Partei fest, was selten vorkommen wird, so ist die Ter-
minsbestimmung von dem Gericht, am Landgericht von dem
Vorsitzenden, durch Beschluß abzulehnen. Ergeben sich
aber Zweifel, so ist Termin anzuberaumen, um im Zulas-
sungsstreit¹⁾ die Existenz der Partei zu klären.

Ist der Mangel unentdeckt geblieben und die Klage zuge-
stellt worden, so ist die Klage in der ersten Instanz
oder, wenn der Mangel erst in der Revisionsinstanz auf-
gedeckt worden ist, in dieser Instanz als unzulässig
durch Prozeßurteil abzuweisen²⁾. Diese "Abweisung von
der Instanz" entspricht allein dem System der ZPO, der
ein Beschlußverfahren auf eine Klage hin, sei diese
noch so fehlerhaft, fremd ist. Eine Klage muß nach
mündlicher Verhandlung immer durch Urteil abgewiesen
werden³⁾. Die vorgeschlagenen Zwischenlösungen, die
eine Abweisung der Klage durch Beschluß vorsehen, sind
unpraktisch und haben bezeichnender Weise in der Pra-
xis auch keinen Anklang gefunden. Die Abweisung durch
Prozeßurteil entspricht auch dem Interesse der Partei-
en. Auch der Streit um die Nichtexistenz muß in die hö-
here Instanz gebracht werden können, wenn diese zu Un-
recht verneint wurde. Zur vollen Austragung dieses
Streits ist aber nur der durch Prozeßurteil zu eröff-
nende Instanzenzug geeignet und nicht das Beschlußver-
fahren.

1) s.o.S. 84

2) so mit Recht die h.L., z.B. Rosenberg, § 40 V; RGZ
157, 369; BGHZ 24, 94

3) Siegert, Prozeßhandlungen, S. 79

§ 9 Der Mangel der Prozeßfähigkeit

I. Die einzelnen Fälle der Prozeßunfähigkeit

Für die Frage, wer prozeßunfähig ist, kommt es entscheidend auf die Auslegung des § 52 an, der bestimmt, daß eine Person insoweit prozeßfähig ist, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Die jetzt weit- aus herrschende Lehre nimmt an, daß damit die Fähig- keit gemeint ist, sich selbständig zu verpflichten, so daß sie der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106, 114 BGB) nicht besitzt¹⁾. Zutreffend wird darauf hin- gewiesen, daß die Zuerkennung einer beschränkten Prozeßfähigkeit den Interessen des Minderjährigen nicht gerecht werden würde²⁾. Auch im Interesse einer ord- nungsgemäßen Durchführung des Verfahrens kann es keine beschränkte Prozeßfähigkeit geben, weil die nur auf bestimmte Prozeßhandlungen beschränkte Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen mit der Dynamik des Prozesses unvereinbaren Schwebezustand entstehen ließe³⁾.

Danach sind prozeßunfähig alle nicht voll Geschäfts- fähigen sowie bestimmte geschäftsfähige Personen in den Verfahren, in denen sie durch einen Pfleger ver- treten werden (§§ 1910, 1913, 1960 BGB). Zu den nicht voll Geschäftsfähigen gehören die Geschäftsunfähigen (§ 104 BGB)⁴⁾ und die in der Geschäftsfähigkeit Be- schränkten (§§ 106, 114 BGB). Eine Ausnahme gilt für

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 103; Blomeyer, § 8 II 1; Lent-Jauernig, § 20 I; Stein-Jonas-Pohle, § 51 I 2

2) vgl. im einzelnen Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 103 ff.

3) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 105; Stein-Jonas-Pohle, § 51 I 2

4) Die Geschäftsunfähigkeit kann sich auf einen be- stimmten Kreis von Angelegenheiten beschränken, z.B. auf einen Eheprozeß, so BGHZ 18, 184 f.; vgl. auch BGHZ 30, 112 ff.

die geschäftsbeschränkten Personen, die durch eine Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters für die in den §§ 112, 113 BGB bezeichneten Geschäfte "unbeschränkt geschäftsfähig", also insoweit auch voll prozeßfähig sind. Eine weitere Ausnahme gilt für die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten, die in Ehesachen prozeßfähig sind (§§ 612 I, 641 II) und für Entmündigte im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die Entmündigung (§§ 664 II, 684 I) und der Wiederaufhebungsklage (§§ 675, 679 III, 686 II).

Bei der Prozeßunfähigkeit im Falle der Bestellung eines Pflegers ist zu beachten, daß die Prozeßunfähigkeit nur dauert, solange die Person gesetzlich vertreten wird und nur für den einzelnen Prozeß, den der Pfleger führt.

II. Bewertung und Heilung des Mangels

Auch bei der Bewertung der Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen sind verschiedene prozessuale Situationen zu unterscheiden, in denen die Frage der Bewertung und Heilung verschieden beurteilt werden kann.

1. Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit

Es ist anerkannt, daß eine Partei insoweit als prozeßfähig behandelt werden muß, als der Streit gerade um das Vorliegen der Prozeßfähigkeit geht. In dieser Lage kann die Partei wirksam Anträge stellen, gegen das klagabweisende Urteil Rechtsmittel einlegen¹⁾, sie zurücknehmen oder darauf verzichten²⁾. Daraus folgert Abend³⁾ auch hier, daß die Prozeßfähigkeit nur als Prozeßvoraussetzung anzusehen sei, und deshalb die einzelnen Prozeßhandlungen als wirksam gelten

1) BGH NJW 1961, 2207; OLG Celle, Nds Rpfl 1964, 62 zur Beschwerde gegen einen das Armenrecht versagenden Beschluß

2) Rosenberg, § 43 III 4

3) Dissertation, S. 13

müßten. Ob dies zutrifft, kann aber nicht von der Einstufung der Prozeßfähigkeit als Prozeßvoraussetzung oder Prozeßhandlungsvoraussetzung, sondern nur von einer Interessenbewertung abhängen.

2. Die Bewertung und Heilung der Prozeßhandlungen bei Prozeßunfähigkeit von Klagerhebung an

Bei der Bewertung der Prozeßunfähigkeit im Zeitpunkt der Klagerhebung und bei den folgenden Prozeßhandlungen im Verlaufe des Verfahrens¹⁾ ist zunächst die innerprozessuale Wirksamkeit der Prozeßhandlungen und ihre Heilbarkeit, sodann die Möglichkeit ihrer Heilung im einzelnen und die Behandlung des endgültig feststehenden Mangels durch das Gericht zu erörtern.

a) Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen

Die Klage eines Prozeßunfähigen setzt ein Urteilsverfahren in Gang und führt zur Rechtshängigkeit²⁾. Diese Wirkung muß im Interesse der Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens, dessen Sicherung die Vorschriften über die Prozeßfähigkeit, neben dem Schutz des Prozeßunfähigen, bezwecken³⁾, eintreten. Anderenfalls wäre die Einleitung eines Prozesses und eine Entscheidung über die Prozeßfähigkeit durch das Gericht gar nicht möglich. Es entspricht auch dem Interesse des Prozeßunfähigen, wenn seine Klage ein Verfahren in Lauf setzt, in dem über den Mangel der Prozeßunfähigkeit zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden ist, so daß der Prozeß auch in eine

1) Entfällt die Prozeßfähigkeit erst während des Prozesses wird das Verfahren unterbrochen, § 241, so daß nicht mehr zur Sache entschieden werden darf. Bei Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten gelten die §§ 86, 246 (keine Unterbrechung, aber Aussetzung möglich).

2) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 103; Nikisch, § 30 I 1; RG JW 1917, 297; BGHZ 23, 209; OLG Hamm, MDR 1949, 39

3) Lent-Jauernig, § 20 II

höhere Instanz gebracht werden kann. Die Rechtshängigkeit äußert auch trotz der Prozeßunfähigkeit des Klägers die materiell-rechtliche Wirkung der Verjährungsunterbrechung (§ 209), wie aus § 212 BGB zu folgern ist¹⁾. Allerdings dauert die Unterbrechung nur solange, bis rechtskräftige Prozeßabweisung erfolgt (§ 212 II). Deshalb behält auch hier die Heilung des Mangels ihre Bedeutung.

Der Schutz des Prozeßunfähigen muß aber dem Interesse der Rechtspflege vorgehen, wenn man die eigentliche Wirkung einer Klage, nämlich die Einleitung eines Prozesses, der die Sache selbst zum Gegenstand hat und zum Sachurteil führt, betrachtet. Dem Interesse an der schnellen und reibungslosen Durchführung des Verfahrens würde an sich Genüge getan, wenn man die Klage und die ganze weitere Prozeßführung des Prozeßunfähigen als wirksam ansehen, und die Frage der Prozeßfähigkeit lediglich dafür entscheidend sein lassen würde, ob ein Sachurteil ergehen könnte oder nicht²⁾. Der Schutz des Prozeßunfähigen erfordert aber, daß nicht nur der Erlaß eines Sachurteils gehindert wird, sondern daß die sämtlichen von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht wirksam sind. Man käme zu einem unhaltbaren und dem Schutze des Prozeßunfähigen widersprechenden Ergebnis, wenn der Prozeßunfähige alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen könnte und somit an seiner ganzen Prozeßführung festgehalten würde, wenn es durch den Eintritt der Prozeßfähigkeit im Laufe des Verfahrens zu einem Sachurteil kommen könnte. Der Prozeßunfähige könnte dann die Wirkungslosigkeit von Geständnissen, eines Anerkennnisses oder Verzichts nicht durch Einlegung eines Rechtsmittels geltend machen, sondern müßte die für ihn infolge seiner mangelnden Einsichtsfähigkeit ungünstige Prozeßführung gegen sich gelten las-

1) Johannsen in BGB-RGRK § 212 Anm. 4, 5; Soergel-Siebert, § 209 Anm. 10

2) so Abend, Dissertation, S. 13

sen und das darauf ergehende Urteil hinnehmen. Der Schutz des Prozeßunfähigen ist aber nur dann gewährleistet, wenn jede einzelne Prozeßhandlung unwirksam ist, und es von seinem Willen abhängig gemacht wird, ob die Prozeßhandlungen wirksam werden und damit ein Sachurteil ergehen kann.

Daher bleibt die Klage eines Prozeßunfähigen erfolglos, weil sie zu keiner Entscheidung in der Hauptsache führt¹⁾. Sie kann nicht eine Klagschlußfrist wahren, so z.B. § 41 KO²⁾. Das Geständnis enthebt das Gericht nicht der Beweiserhebung, die Behauptungen und Beweisführungen werden nicht zur Urteilsgrundlage, Zustimmung und Einwilligung sind bedeutungslos, kurz die gesamte Prozeßführung kann nicht als Urteilsgrundlage verwendet werden, weil die Prozeßhandlungen nicht wirksam vorgenommen sind. Ein Antrag auf Gewährung des Armenrechts ist nicht geeignet, ein Armenrechtsverfahren einzuleiten³⁾. Auch Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme werden als unwirksam angesehen⁴⁾. Allerdings sind die Wirkungen nicht völlig aufgehoben, sondern nur gemindert. Gewisse innerprozessuale Wirkungen auf das Verfahren treten ein, wie das Beispiel der Klage zeigt. Der Verstoß gegen die Vorschriften über die Prozeßfähigkeit wiegt nicht so schwer, da bis zur Feststellung der Prozeßunfähigkeit die Prozeßhandlungen meist ordnungsgemäß erscheinen⁵⁾. Deshalb hat sich bei einem Ablehnungsgesuch der abgelehnte Richter aller wei-

1) RG JW 1917, 297; RG Warn Rsp 1938 Nr. 131

2) Mentzel-Kuhn, Kommentar zur KO, 6. Aufl. 1955, § 41 Anm. 4

3) OLG Celle, Nds Rpfl 1964, 63

4) z.B. Rosenberg, § 43 III 3

5) Deshalb will Blomeyer, § 30 III 2 b die Partei als prozeßfähig behandeln, solange der Mangel unentdeckt blieb.

teren Prozeßhandlungen außer der unaufschiebbaren zu enthalten (§ 47) und scheidet bei der Entscheidung über das Gesuch aus (§ 45 I 2. Halbsatz)¹⁾. Das Gesuch ist aber erfolglos und führt nicht zur Prüfung der Ablehnungsgründe, selbst wenn ein Ablehnungsgrund vorliegt. Es ist durch das Gericht als unzulässig abzuweisen, was nur die gleiche Bewertung unter dem Gesichtspunkt der verfahrensrechtlichen Behandlung des unwirksamen Gesuchs darstellt. Auch den Behauptungen eines Prozeßunfähigen kann innerhalb des Verfahrens eine gewisse innerprozessuale Wirkung zukommen. Durch ihre Einführung in das Verfahren werden sie bis zur Feststellung der Prozeßunfähigkeit Prozeßstoff und entfalten damit eine gewisse Wirkung. Sie sind aber erfolglos, und können eine für die Partei günstige Urteilsgrundlage nicht schaffen²⁾.

Die Tatsache, daß gewisse innerprozessuale Wirkungen eintreten, zeigt, daß die Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen nicht schlechthin wirkungslos, d.h. ungültig oder nichtig sind³⁾.

Die Fehlerhaftigkeit ist auch nicht als so schwer zu bewerten, daß keine Heilung des Mangels eintreten könnte. Die Interessen der Rechtspflege an der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens durch Fernhaltung Prozeßunfähiger von dem Prozeß und des Beklagten an rascher und zweckdienlicher Gerichtsentscheidung sind durch die Vornahme von Prozeßhandlungen

1) Stein-Jonas-Pohle, §§ 45 I, 47 I; RG JW 1935, 2895; OLG Hamburg, MDR 1954, 423

2) vgl. Baumgärtel, ZZP 69, 94 für den Fall der "unredlichen Prozeßhandlungen"

3) Für Nichtigkeit Just, AcP 68, 325 f.; Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 68, 70 ff.

durch den Prozeßunfähigen nicht erheblich verletzt, weil sonst die Prozeßunfähigkeit offenbar geworden wäre und sofort Prozeßurteil hätte erlassen werden können. Im überwiegenden Interesse des Prozeßunfähigen muß anerkannt werden, daß er die ihm günstige Prozeßführung als Urteilsgrundlage erhalten, die einzelnen fehlerhaften Prozeßhandlungen also durch Genehmigung heilen kann. Die Möglichkeit der Heilung dient auch der Vermeidung eines zweiten Prozesses und damit der Prozeßökonomie.

Auch hierin zeigt sich, daß die Prozeßhandlungen nicht als ungültig oder völlig wirkungslos zu bewerten sind.

b) Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen

Als Heilungsmöglichkeit kommt nur die Genehmigung in Betracht. Daß der Eintritt der Fähigkeit oder die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Prozeßunfähigen im Laufe des Prozesses allein nicht zu einer Heilung ipso iure führen, ergibt sich aus dem Erfordernis des Schutzes des Prozeßunfähigen. Es muß ihm oder seinem gesetzlichen Vertreter die Wahl gelassen werden, ob sie die Prozeßhandlungen genehmigen wollen oder nicht.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn auf die Anfechtungsklage hin der Entmündigungsbeschluß, der die Prozeßunfähigkeit herbeiführte, aufgehoben wird. Hier ist eine Genehmigung zum Heilungseintritt nicht erforderlich, da die Prozeßunfähigkeit auf einem Formalakt beruhte, der durch das Urteil rückwirkend¹⁾ beseitigt wird²⁾.

Auf den Grund der Prozeßunfähigkeit kommt es bei der Heilung nicht an. Der Ansicht Oertmanns, die Prozeßhandlungen Geschäftsunfähiger seien nichtig und folglich nicht heilungsfähig³⁾, liegt eine unzulässige Hereintragung zivilistischer Wertungen in das

1) Rosenberg, § 163 III 6

2) vgl. Hellwig, Lehrbuch 2, S. 339, der Analogie zu § 115 BGB annimmt

3) Judicium 1, 173

Prozeßrecht zugrunde. Die ZPO kennt nur eine Form der Prozeßunfähigkeit, deren Bewertung unabhängig davon ist, welche Ursache ihr zugrunde liegt. Die nach ihrer Schwere abgestuften verschiedenen Folgen von Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit sind, wie gezeigt wurde, für das Prozeßrecht untragbar. Oertmann ist nur insoweit zuzustimmen, daß Prozeßhandlungen eines Geschäftsunfähigen, z.B. eines Geisteskranken, die einen völlig unsinnigen und unverständlichen Inhalt haben, a u s d i e s e m G r u n d e selbstverständlich nicht geheilt werden können.

Genehmigungsberechtigt ist die Partei selbst, die im Laufe des Rechtsstreits prozeßfähig wird, indem sie die Volljährigkeit erlangt oder - ohne entmündigt zu sein - von einer Geisteskrankheit gesundet¹⁾, ferner ihr gesetzlicher Vertreter, der nach Feststellung der Prozeßunfähigkeit vom Vormundschaftsgericht bestellt wird und in diesen Prozeß eintritt²⁾.

Schließlich kann sogar ein Erbe noch genehmigen, wenn der Kläger von Klagerhebung an bis zu seinem Tode prozeßunfähig war und jener den Rechtsstreit aufnimmt³⁾. Denn die Klage des Prozeßunfähigen ist, wie schon gezeigt wurde, nicht nichtig, sondern leitet einen Prozeß ein und führt seine Rechtshängigkeit herbei, so daß das Verfahren auf den Erben übergehen kann. Folgerichtig muß dann auch der Erbe die Wirksamkeit von Klagerhebung und Prozeßführung durch Heilung herbeiführen können.

Die Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlungen des Prozeßunfähigen durch Genehmigung erfolgt rückwirkend⁴⁾.

Wird in der ersten mündlichen Verhandlung oder im weiteren Verlauf des Verfahrens die Prozeßunfähig-

1) so in RG Warn Rsp 1938 Nr. 40

2) so in RGZ 110, 228

3) so BGHZ 23, 209 = NJW 1957, 906 mit zustimmender Anm. von Bruns

4) h.L., z.B. Rosenberg, § 43 III 2; Wieczorek, § 56 B III b 1

keit einer Partei aufgedeckt, kann der Heilungs-
berechtignte die unwirksame Klage, sowie alle folgenden
Prozeßhandlungen genehmigen, so daß sie von ihrer
Vornahme an voll wirksam werden und Sachurteil er-
gehen kann. Wurde in der ersten Instanz oder in der
Berufungsinstanz der Mangel nicht erkannt und erging
ein Sachurteil, so bewirkt die Genehmigung nach Erlaß
des Urteils, daß dieses aus dem Grunde der Prozeßun-
fähigkeit nicht mehr mit Berufung oder Revision ange-
fochten werden kann¹⁾. Wird der Mangel in der Beru-
fungs- oder Revisionsinstanz aufgedeckt, so hat der
Genehmigungsberechtigte die Wahl, ob er die bisherige
Prozeßführung genehmigen oder Prozeßabweisung beantra-
gen will. Genehmigt er, tritt Heilung für alle Instan-
zen ein und es kann ein Sachurteil ergehen²⁾. Wird
der Mangel gar erst nach Rechtskraft des Urteils auf-
gedeckt, ist selbst in diesem Zeitpunkt noch die Ge-
nehmigung möglich, die bewirkt, daß die Nichtigkeits-
klage gemäß § 579 I Nr. 4 entfällt. Der spätest mög-
liche Zeitpunkt der Genehmigung ist ihre Erklärung
im Wiederaufnahmeverfahren. Dieser Fall wird dann
praktisch, wenn der Gegner des im Vorprozeß siegen-
den, aber prozeßunfähigen Klägers die Nichtigkeits-
klage nach Rechtskraft des Urteils erhebt. Genehmigt
nun der prozeßfähig gewordene Kläger, so ist die Nich-
tigkeitsklage nunmehr unbegründet³⁾.

Die Rückwirkung der Heilung zeigt sich nicht nur
darin, daß die in der Vergangenheit entstandene Ur-
teilsgrundlage erhalten bleibt, sondern vor allem
bei Fristwahrung und Verjährungsunterbrechung. Zwar
führt auch die Klage eines Prozeßunfähigen zunächst
zur Unterbrechung der Verjährung, aber nur bis zu
ihrer rechtskräftigen Abweisung. Dann muß der Kläger
binnen 6 Monaten erneut klagen, um die Unterbrechung

1) RGZ 126, 263: Wegfall des Revisionsgrundes durch
Genehmigung in der Revisionsinstanz

2) Blomeyer, § 30 III 2 c

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 579 II 4; a.A.
Wieczorek, § 579 B IV c: unzulässig

herbeizuführen (§ 212 II BGB). Durch die rückwirkende Genehmigung tritt die Unterbrechung endgültig von der Erhebung der Klage an ein. Eine Klagausschlußfrist, z.B. die Frist des § 41 KO, wird durch die Genehmigung rückwirkend gewahrt¹⁾. Dies bedeutet keine unzumutbare Härte für den Gegner, da dieser mit dem Wirksamwerden der Prozeßhandlungen durch Heilung jederzeit rechnen muß.

Große praktische Bedeutung kommt auch der Frage zu, ob die Prozeßführung nur als Ganzes genehmigt werden kann, oder ob einzelne Prozeßhandlungen oder einzelne Prozeßabschnitte von der Genehmigung ausgenommen werden können. Die h.L. nimmt an, daß nur die gesamte Prozeßführung genehmigt werden kann²⁾. Die Begründung, daß nach der Genehmigung der Prozeßunfähige so angesehen wird, als sei er von Anfang an prozeßfähig gewesen³⁾, ist aber formalistisch. Es kann durchaus im Interesse des Prozeßunfähigen liegen, die Urteilsgrundlage mit Ausnahme ihm ungünstiger Prozeßhandlungen, z.B. eines Geständnisses, zu erhalten. Die schwebende Unwirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen verträgt sich aber nicht mit dem Interesse der Rechtspflege, Schwebezustände und unklare Rechtslagen im Prozeß zu vermeiden. Die ordnungsgemäße Durchführung des Prozesses wäre gefährdet, wenn es bei jeder einzelnen Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen zu einem Schwebezustand kommen könnte, der erst durch Erklärung des Genehmigungsberechtigten zu beenden wäre⁴⁾. Zwar schafft auch die Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung einen gewissen Schwebezustand für die Prozeßhandlungen, "einen solchen Schwebezustand verträgt der Prozeß aber"⁵⁾, da nur die gesamte Prozeßführung

-
- 1) Mentzel-Kuhn, Kommentar zur KO, 6. Aufl., § 41 Anm. 4; vgl. auch RGZ 90, 87; a.A. Hellwig, Lehrbuch 2, S. 339 Anm. 19
 - 2) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 105; Lent-Jauernig, § 20 II, IV B 2; Stein-Jonas-Pohle, § 56 I 3; RGZ 110, 230; a.A. Weismann, Lehrbuch, S. 307; Wieczorek, § 56 B III b 3; KG Rsp 15, 153
 - 3) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 340; RGZ 110, 230
 - 4) Lent-Jauernig, § 20 II
 - 5) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 105

genehmigt werden kann. Der Genehmigungsberechtigte hat nur die Wahl, entweder unter Aufdeckung des Mangels die Prozeßabweisung in Kauf zu nehmen oder die gesamte Urteilsgrundlage durch Genehmigung zu erhalten. Deshalb ist auch keine teilweise Genehmigung mit Bezug auf einen trennbaren Teil des Prozesses, etwa eine frühere Instanz, möglich¹⁾. Die Prozeßführung ist "eine einheitliche Aktion"²⁾, die nicht willkürlich auseinandergerissen werden kann. Dieser Grundsatz wird von der herrschenden Lehre ausnahmslos, also auch bei den prozeßbeendigenden Prozeßhandlungen, wie Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme nach Ablauf der Frist durchgeführt, die ebenfalls nicht von der Genehmigung ausgenommen werden können³⁾. Dabei gelangt man aber zu Ergebnissen, die für den Prozeßunfähigen zu unhaltbaren Konsequenzen führen.

Verzichtet der während des Prozesses von Klagerhebung an unerkannt prozeßunfähige und gesetzlich nicht vertretene Beklagte nach Urteilsverkündung zusammen mit dem Kläger auf Rechtsmittel⁴⁾, kann an sich der Beklagte innerhalb der Frist Berufung einlegen und geltend machen, daß sein Rechtsmittelverzicht wegen Prozeßunfähigkeit unwirksam sei⁵⁾. Das führt aber zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß der in das Berufungsverfahren eintretende gesetzliche Vertreter durch Genehmigung der Prozeßführung den Prozeß nicht in die Rechtsmittelinstanz bringen kann.

Da eine Teilung der Genehmigung nicht möglich ist, erfaßt diese notwendig auch den Rechtsmittelverzicht, so daß mit der Genehmigung die Rechtskraft des Urteils mit der Folge der Verwerfung der Berufung als

1) so aber Weismann, Lehrbuch, S. 307

2) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 340

3) Rosenberg, § 43 III 3; Stein-Jonas-Pohle, § 56 I 3 mit Nachweisen

4) bei beiderseitigem Rechtsmittelverzicht tritt auch im Eheprozeß unmittelbar die Rechtskraft ein, OLG Düsseldorf, NJW 1965, 403

5) so der Sachverhalt in RGZ 110, 228 ff.

unzulässig eintritt¹⁾. Ebenso liegt der Fall bei der Rücknahme der Berufung nach Ablauf der Berufungsfrist von einem Monat nach Zustellung des Urteils. Da Rücknahme und Zustellung unwirksam sind, kann nach Rosenberg²⁾ der Prozeßunfähige innerhalb der Sechsmonatsfrist unter Aufdeckung der Prozeßunfähigkeit erneut "Berufung" einlegen. Will er aber die Urteilsgrundlage durch Genehmigung erhalten, dann erfaßt die Genehmigung ebenfalls die Rücknahme, so daß unmittelbar die Rechtskraft eintritt. In diesen Fällen führt das Festhalten an der Unteilbarkeit der Genehmigung zu dem Ergebnis, daß diese ihren Zweck, die für den Prozeßunfähigen günstige Urteilsgrundlage zu erhalten, nicht erfüllen kann. Da mit der uneingeschränkt erteilten Genehmigung sofort die Rechtskraft des Urteils eintritt, und da der Rechtsmittelverzicht nicht von der Genehmigung ausgenommen werden kann, wird dem nunmehr ordnungsgemäß Vertretenen die Wahlmöglichkeit zwischen Prozeßabweisung und Überprüfung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz genommen. Dieses unbefriedigende Ergebnis kann nur so vermieden werden, daß man entweder die instanzbeendenden Prozeßhandlungen von der Genehmigung ausnimmt, wie es von der Rechtsprechung für den Fall der Genehmigung des Vertretenen durch nachträgliche Erteilung der Prozeßvollmacht schon anerkannt ist³⁾, oder daß man Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme auch bei Prozeßunfähigkeit die Urteilsrechtskraft herbeiführen läßt und den Prozeßunfähigen auf den Weg der Nichtigkeitsklage verweist⁴⁾. Vorzuziehen ist die letztere Lösung, da sie den Interessen der Rechtspflege und des Prozeßunfähigen am besten gerecht wird.

1) Wird die Genehmigung ausdrücklich unter Ausnahme des Rechtsmittelverzichts erteilt, so liegt, wenn man der Ansicht von der Unteilbarkeit der Genehmigung folgt, keine wirksame Genehmigung vor.

2) FamRZ 1958, 96 (Anm.)

3) BGHZ 10, 147

4) so Blomeyer, § 30 III 2b; RGZ 110, 230; BGH LM Nr. 3 zu § 52 = FamRZ 1958, 58 f. mit ablehn. Anm. von Rosenberg, a.a.O., S. 95 f.

Die Gefahr unerwünschter Schwebezustände bei der Ausnahme des Rechtsmittelverzichts und der Rechtsmittelrücknahme von der Genehmigung ist hier, da die Rechtskraft im Spiele steht, besonders groß. Wenn die sich aus Rechtsmittelverzicht des unerkannt Prozeßunfähigen scheinbar ergebende Rechtskraft einer Entscheidung mit dem Vorbringen ihrer Unwirksamkeit bis zum Ablauf der Frist von 6 Monaten (§ 516) in Zweifel gezogen werden könnte, würde hinsichtlich der Rechtskraft ein Schwebezustand eintreten, der vielleicht erst nach langen Ermittlungen in der Rechtsmittelinstanz über die Prozeßfähigkeit beendet werden könnte. Das wäre aber mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs an Prozeßsicherheit und Prozeßklarheit nicht vereinbar, die besonders bei der Frage der Rechtskraft vor allen anderen Interessen Vorrang haben müssen¹⁾. Der Prozeßunfähige wird durch den Eintritt der Rechtskraft nicht an seiner Prozeßführung festgehalten, sondern kann über den Weg der Nichtigkeitsklage die Aufhebung des rechtskräftigen Urteils erreichen. Dieses Verfahren stellt für ihn im Vergleich mit der Rechtsmittelinstanz keinen Nachteil dar, da nach Aufhebung des ersten Urteils die Hauptsache von neuem verhandelt werden kann, wenn der Prozeßunfähige jetzt ordnungsgemäß vertreten ist.

Bei Vornahme prozeßbeendigender Akte durch einen Prozeßunfähigen liegt ebenso wie beim Zulassungsstreit eine besondere prozessuale Situation vor, die die Wirksamkeit dieser Prozeßhandlungen erfordert. Auch das Zustellungsverfahren als solches wird von dem Mangel nicht ergriffen. Auch diejenigen, die die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung ansehen, lassen mit der Zustellung an den Prozeß-

1) vgl. RGZ 110, 230; BGH LM Nr. 3 zu § 52

unfähigen den Lauf der Frist (§§ 516, 552) beginnen¹⁾.

Die hier vertretene Ansicht entspricht im Ergebnis der Meinung Blomeyers²⁾, wenn auch nicht darauf abgestellt wird, daß die Partei als prozeßfähig gilt, solange der Mangel unentdeckt blieb. Diese Unterscheidung ist der Systematik des Gesetzes fremd. Es ist aber möglich, je nach der prozessualen Situation die Prozeßhandlungen bei Prozeßunfähigkeit verschieden zu bewerten, wenn die Interessenlage diese Verschiedenheit erfordert.

Grundsätzlich ändert dies aber nichts an der Bewertung der Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen als unwirksam, aber nicht völlig wirkungslos, da gewisse Wirkungen eintreten und der Mangel heilbar ist.

c) Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen

Niemals ist eine Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen unbeachtlich in dem Sinne, daß das Gericht nicht darauf zu reagieren hätte. Es hat stets über die Prozeßhandlungen zu entscheiden, je nach der Art der Prozeßhandlung sowie nach der prozessualen Situation aber in verschiedener Weise.

Grundsätzlich folgt aus den prozeßeinleitenden Wirkungen der Klagerhebung durch einen Prozeßunfähigen, daß über die Frage der Prozeßfähigkeit nur aufgrund der mündlichen Verhandlung durch Prozeßurteil zu entscheiden ist. Das setzt aber voraus, daß das Gericht Termin zur mündlichen Verhandlung auch bei Prozeßunfähigkeit des Klägers bestimmen muß, insbesondere wenn der Mangel der Prozeßunfähigkeit noch

1) Stein-Jonas-Pohle, § 56 I 2; Wieczorek, § 56 A I b 1 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; a.A. Rosenberg, JZ 1951, 43 f.; FamRZ 1958, 95 f.

2) § 8 III 3 und § 30 III 2 b

nicht sicher feststeht¹⁾.

Nicht so eindeutig ist die Lage aber, wenn die Prozeßunfähigkeit ersichtlich feststeht, z.B. weil das Entmündigungsverfahren gegen den Kläger vor dem Gericht geschwebt hat. Ausnahmsweise für den Fall der Offenkundigkeit der Prozeßunfähigkeit kann nach Bloemeyer²⁾, Rosenberg³⁾ und der Rechtsprechung⁴⁾ die Terminsbestimmung durch Beschluß abgelehnt werden, während Reiner⁵⁾ eine Pflicht des Gerichts zur Terminsanberaumung annimmt.

Die Offenkundigkeit des Mangels reicht allein nicht aus, die Terminsanberaumung zu verweigern. Auch wenn eine Klage offensichtlich unschlüssig ist, so daß feststeht, daß sie zu keinem Ziel führen kann, ist das Gericht gehalten, einen Prozeß einzuleiten⁶⁾.

Vor allem ist die Heilung des Fehlers im Verlauf der mündlichen Verhandlung möglich, wenn der gesetzliche Vertreter des Prozeßunfähigen in den Prozeß eintritt und die Klagerhebung genehmigt. Dieser Heilungsmöglichkeit wäre der Kläger durch Verweigerung der Terminsanberaumung beraubt. Wenn aber neben der Prozeßunfähigkeit auch durch Verweigerung der Genehmigung die Unheilbarkeit der Klage feststeht, sprechen prozeßökonomische Erwägungen für die Möglichkeit der Terminsverweigerung. Zwar muß auch über die Klage eines Prozeßunfähigen verhandelt und durch Urteil entschieden werden. Aber wenn die Entmündigung des Klägers gerichtskundig ist und der Vormund auf Anfrage die

1) h.L., z.B. Lent-Jauernig, § 38 II 2 e; unklar Rosenberg, § 91 I 2 b: wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit nicht feststehe, könne der Vorsitzende zwar Aufklärung verlangen, werde aber besser den Termin festsetzen und dem Gericht die entsprechenden Ermittlungen überlassen; dagegen Reiner, Dissertation, S. 31

2) § 43 I 2 b

3) § 91 I 2 b

4) OLG Schleswig, SchlHA 1958, 230; KG Rep 25, 132

5) Dissertation, S. 31

6) Diese Erwägung bringt zu Recht Reiner, Dissertation, S. 32

Klagerhebung mißbilligt hat, würde sich das Urteilsverfahren praktisch in dem Erlaß eines Prozeßurteils erschöpfen. Weder die Frage der Prozeßfähigkeit noch die der Genehmigung brauchte in der mündlichen Verhandlung geklärt zu werden. Um hier das gleiche Ergebnis wie im Urteilsverfahren zu erreichen, ist das Beschlußverfahren ausreichend. Zur Herbeiführung der Entscheidung der höheren Instanz genügt das Beschwerdeverfahren (§ 567) gegen die Verweigerung der Terminsanberaumung. Hervorzuheben ist aber, daß diese Entscheidung nur gerechtfertigt ist, wenn neben der Offenkundigkeit der Prozeßunfähigkeit **a u c h** die **V e r w e i g e r u n g d e r G e n e h m i g u n g** durch den gesetzlichen Vertreter eindeutig feststeht¹⁾. Dagegen hat der Richter Termin zu bestimmen, wenn noch irgendwelche Zweifel an der Prozeßunfähigkeit und hinsichtlich der Heilungsmöglichkeit bestehen, die nicht durch einfache Anfrage geklärt werden können. Auch wenn die Terminsbestimmung abgelehnt wird, ist die Klage des Prozeßunfähigen nicht unbeachtlich, da das Gericht über sie, wenn auch nicht in Form eines Urteils, entscheidet und dem Kläger Bescheid gibt²⁾.

War der Mangel schon bei Klagerhebung und im weiteren Verlauf des Verfahrens vorhanden, so ist durch Endurteil auf Prozeßabweisung zu erkennen, nicht etwa durch Beschluß das Verfahren einzustellen³⁾.

-
- 1) so auch Blomeyer, § 43 I 2 b; demgegenüber stellen Rosenberg, § 91 I 2 b und die in Anm. 4 S. 103 zitierte Rechtsprechung auf die Offensichtlichkeit des Mangels ab.
 - 2) Dagegen sieht Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 7 b vor § 128 in der Terminsablehnung die Unbeachtlichkeit einer Klage, ebenso Goldschmidt, S. 372 ff., wie hier, Niese, Prozeßhandlungen, S. 95
 - 3) h.L., z.B. Hellwig, Lehrbuch 2, S. 336; Stein-Jonas-Pohle, § 56 IV 1; Wieczorek, § 56 C; RGZ 29, 410; a.A. alle, die Nichtigkeit der Klage annehmen, so z.B. Just, AcP 68, 326; Hellmann, ZZP 27, 261 ff.; Luxenberg, Dissertation, S. 36

Wird der Fehler erst in der Berufungs- oder Revisionsinstanz aufgedeckt, so ist das Rechtsmittel des Klägers nicht wegen seiner Prozeßunfähigkeit zu verwerfen, selbst wenn es aus sachlichen Gründen eingelegt ist. Damit würde das Sachurteil rechtskräftig und müßte erst wieder durch Nichtigkeitsklage beseitigt werden. Vielmehr hat sowohl der Berufungs- als auch der Revisionsrichter unter Aufhebung des Urteils den wegen des Mangels entscheidungsreifen Prozeß durch Prozeßurteil zu beenden¹⁾.

Entsprechend sind die übrigen unwirksamen Erwirkungshandlungen, soweit über sie selbständig und nicht nur in den Urteilsgründen entschieden wird, als unzulässig zu verwerfen, so das Ablehnungsgesuch²⁾ oder der Armenrechtsantrag³⁾. Auch die Bewirkungshandlungen eines Prozeßunfähigen sind wohl ganz selten unbeachtlich, da ihre Unwirksamkeit in der Regel in den Urteilsgründen auszusprechen ist⁴⁾. So hat z.B. das Gericht bei der Zulässigkeitsprüfung eines Rechtsmittels zur Ansicht des Rechtsmittelklägers Stellung zu nehmen, daß der nach Urteilsverkündung ausgesprochene Rechtsmittelverzicht wegen Prozeßunfähigkeit unwirksam sei⁵⁾.

§ 10 Der Mangel der Vertretungsmacht

I. Die einzelnen Fälle mangelnder Vertretungsmacht
Prozeßhandlungen der Partei sind weiter fehlerhaft, wenn sie von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen worden sind. Da der Vertreter im Namen der Partei handelt, bleibt der Prozeß auch dann ein Prozeß der Partei, wenn dem Vertreter die Vertretungsmacht fehlt⁶⁾.

1) h.L., Stein-Jonas-Pohle, § 56 IV 4; BGH LM Nr. 1 zu § 331

2) RG JW 1904, 474; LG Leipzig, JW 1928, 435; LG Stuttgart, ZZP 69, 48

3) OLG Celle, Nds Rpfl 1964, 62

4) vgl. Blomeyer, § 33 II 1

5) vgl. RGZ 110, 328; RG Warn Rsp 1938, Nr. 113

6) Stein-Jonas-Pohle, § 88 III 2 b

Mängel in der Vertretungsmacht können bei der gesetzlichen und bei der gewillkürten Vertretungsmacht vorkommen. Bei der gesetzlichen Vertretung, deren Hauptfall die Vertretung Prozeßunfähiger ist, kann der gesetzliche Vertreter völlig unbefugt, außerhalb seines sachlich begrenzten Wirkungsbereiches oder ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts handeln. Wann das der Fall ist, richtet sich vorwiegend nach bürgerlichem Recht¹⁾. Unbefugte Vertretung liegt z.B. dann vor, wenn ein entlassener Vormund Prozeßhandlungen vornimmt, wenn ein Abwesenheitspfleger, der nur zur Vertretung in Vermögensangelegenheiten befugt ist, § 1911 BGB, einen Scheidungsprozeß für die abwesende Partei führt²⁾ oder wenn der Vormund eine Scheidungsklage, Eheaufhebungsklage oder Anfechtungsklage der Ehelichkeit eines Kindes für einen geschäftsunfähigen Ehegatten ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erhebt, §§ 612 II 2, 641 II 2. Der gewillkürte Vertreter handelt dann ohne Vertretungsmacht, wenn ihm entweder überhaupt keine³⁾ oder nur eine unwirksame Vollmacht erteilt⁴⁾ oder er von einem nicht bevollmächtigten⁵⁾ oder nicht legitimierten gesetzlichen Vertreter bevollmächtigt worden ist, wenn die Vollmacht erloschen (§ 87) oder sie zulässig beschränkt ist (§ 83) und der Bevollmächtigte das Verbot überschreitet.

Trotz der verschiedenen Fehlergründe bei gesetzlicher und gewillkürter Vertretungsmacht ist es gerechtfertigt, beide hinsichtlich ihrer Fehlerfolgen und Heilungsmöglichkeiten zusammen zu behandeln. Denn es

1) Beschränkungen bestimmen z.B. die §§ 1795 I Ziff. 3 (Vormund) und 1629 II 1 BGB (Eltern)

2) so der Sachverhalt in RGZ 126, 261 ff.

3) Beispiel in ZZP 68, 64 (LG Stuttgart)

4) RGZ 53, 65: Vollmachtserteilung durch Geschäftsunfähigen

5) Beispiel in ZZP 65, 159 ff. (LG Hamburg): der Anwalt war von einem Unbefugten bevollmächtigt worden, der infolge eines Mißverständnisses angenommen hatte, er sei zur Vertretung der Partei befugt.

liegen nicht zwei verschiedene Arten der Stellvertretung vor, die verschieden zu behandeln sind, sondern sie haben nur verschiedene Arten von Vertretungsmacht zur Grundlage¹⁾. Im folgenden wird sich zeigen, daß die Mängel hinsichtlich der Bewertung und ihrer Heilung weitgehend übereinstimmen.

II. Bewertung und Heilung des Mangels

Auch hier sind wieder verschiedene prozessuale Situationen zu beachten, in denen die Bewertung des Fehlers verschieden ausfallen kann.

1. Die Bewertung der Prozeßhandlungen im Zulassungsstreit

Wird über die Legitimation des gesetzlichen Vertreters zwischen den Parteien gestritten, so ist der vom Unbefugten Vertretene als wirksam vertreten zu behandeln. In diesem Streit, der sich auf das Vorliegen der Vertretungsmacht beschränkt, kann der Vertreter alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen, insbesondere auch Rechtsmittel gegen das den Mangel verkennende Zwischen- oder Endurteil einlegen, um den Streit über die Vertretungsmacht zum Austrag zu bringen²⁾.

Das gleiche gilt grundsätzlich für den vollmachtlosen Vertreter, wobei allerdings zu beachten ist, daß der Vollmachtsmangel keine nach den §§ 274 II Nr. 7, 275 zu behandelnde "Einrede" gewährt. Ergeben sich in erster Instanz im Parteiprozeß bei Prüfung von Amts wegen, im Anwaltsprozeß auf Rüge des Gegners hin (§ 88) Zweifel hinsichtlich der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten, so wird das Gericht am zweckmäßigsten den Bevollmächtigten zur Prozeßführung einstweilen zulassen (§ 89) oder

1) Rosenberg, § 48 I 1

2) BGH NJW 1964, 203; dies gilt auch für den Fall, daß die Klage wegen des Mangels als unzulässig abgewiesen worden ist, vgl. Blomeyer, § 30 III 2 a

vertagen, um die Beibringung der Vollmacht zu ermöglichen. Wird aber die Gültigkeit der vorgelegten Vollmacht oder die Befugnis des die Vollmacht ausstellenden Vertreters zur Vertretung der Partei in Zweifel gezogen, so führt dies zu einem mündlich zu verhandelnden Zwischenstreit unter den Parteien¹⁾. Zu dem Termin ist der Vertreter und nicht die Partei selbst zu laden²⁾. Die von dem vollmachtlosen Vertreter im Rahmen dieses Zulassungsstreits vorgenommenen Prozeßhandlungen sind als voll wirksam zu bewerten. Auch hier kann also, wie bei den schon behandelten Fällen der Partei- und Prozeßfähigkeit, die Frage der Heilung nicht auftreten.

2. Vorliegen des Mangels von Klagerhebung an³⁾

a) Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen

Die Prozeßführung des Vertreters wirkt für und gegen die Partei (§ 85). Dieses Eindringen in den Rechtskreis des Vertretenen setzt aber voraus, daß der Vertreter die Vertretungsmacht hat, die auf Gesetz oder Vollmacht des Vertretenen beruhen kann. Das Erfordernis der Vertretungsmacht dient in erster Linie dem Schutz des Vertretenen, so daß der Vertreter nichtwirksam handeln kann, wenn er diese nicht besitzt. Es würde dem schutzwürdigen Interesse des

1) Stein-Jonas-Pohle, § 88 I.a.E.

2) Wieczorek, § 88 B II c

3) Der Verlust der Legitimation des gesetzlichen Vertreters während des Prozesses führt die Unterbrechung (§ 241) herbei; anders bei Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten (§§ 86, 246)

Vertretenen zuwiderlaufen, wenn der gesetzliche Vertreter ohne Befugnis oder außerhalb seines Wirkungsbereichs, der Bevollmächtigte ohne Vollmacht den Vertretenen verpflichten könnte. Deshalb treten die im Gesetz fixierten Wirkungen der Prozeßhandlungen nicht ein, können aber im Interesse des Vertretenen nachträglich eintreten, wenn die Prozeßhandlungen durch Genehmigung geheilt werden.

Danach führt die fehlerhafte Klage nicht zur Sachverhandlung und zum Sachurteil und äußert keine Wirkungen im Bereich des materiellen Rechts. Sie führt weder zur Unterbrechung der Verjährung¹⁾ noch zur Wirkung von Fristen²⁾ und ist insoweit unwirksam. Sie ist aber nicht völlig wirkungslos, sondern führt gewisse innerprozessuale Wirkungen herbei. Sie leitet den Prozeß ein und läßt Rechtshängigkeit eintreten, denn die Frage der Vertretungsmacht soll gerade innerhalb des Verfahrens zur Entscheidung gebracht werden³⁾. Der Eintritt der Rechtshängigkeit bewirkt, daß der Partei, wenn sie selbst den Anspruch geltend macht, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensteht, ohne daß sie die Replik der mangelnden Vertretungsmacht erheben kann. Anderenfalls müßte die Frage der Vertretungsmacht in beiden Prozessen geprüft werden und könnte dort in verschiedener Weise entschieden werden.

Ebenso sind alle übrigen in dem Prozeß vom unbefugten Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen (Behauptungen, Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht) unwirksam⁴⁾. Ein Rechtsmittel ist unwirksam und als unzulässig zu verwerfen, wenn der Mangel der Vertretung nur die Rechtsmittelinstanz betrifft, während in der unteren Instanz die Vertretung ordnungsgemäß war⁵⁾. Ein

1) RGZ 86, 246; BGH LM Nr. 10 zu § 209 BGB; Baur, JZ 1958, 247 (Anm.)

2) RGZ 90, 86 zu § 41 KO

3) LG Hamburg, ZZP 65, 160

4) LG Stuttgart, ZZP 68, 64

5) BGH LM Nr. 4 zu § 97; anders aber, wenn der Mangel schon in der unteren Instanz von Klagerhebung an bestand; dann ist die K l a g e als unzulässig abzuweisen, siehe oben S.80 und S. 105

entgegen den Beschränkungen des § 83 ZPO abgeschlossener Vergleich entfaltet keine Wirkungen¹⁾. Daß die Prozeßhandlungen nicht völlig wirkungslos sind, zeigt sich insbesondere daran, daß die Prozeßhandlungen im Interesse des Vertretenen durch Heilung nachträglich wirksam werden können.

b) Die Heilung durch Genehmigung im einzelnen

Als Heilungsmöglichkeit kommt die in § 89 II gesetzlich vorgesehene Genehmigung in Betracht. Zwar kann im Anwaltsprozeß die Prüfung des Mangels nur auf Rüge des Gegners hin erfolgen (§ 88), so daß Heilung denkbar wäre, wenn der Gegner ausdrücklich auf die Rüge verzichtet oder sie nicht erhebt, ähnlich wie in § 295. Jedoch bleibt die Rüge jederzeit zulässig und wird durch Verzicht und Präklusion nicht ausgeschlossen, so daß ihr Unterbleiben nicht den Mangel der Vertretung beseitigt²⁾. Ein Fall der Heilung kann hier deshalb schon nicht vorliegen, weil im Interesse des Vertretenen die Heilung nur durch s e i n e Genehmigung erfolgen und es daher nicht von dem Willen des Gegners abhängen darf, ob die Prozeßhandlungen des unbefugten Vertreters für und gegen den Vertretenen wirken.

Die Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlungen erfolgt, wenn der Berechtigte die Genehmigung dem Gericht, dem Gegner oder dem Vertreter gegenüber erklärt. Genehmigungsberechtigt ist der wahre gesetzliche Vertreter, wenn ein unbefugter Vertreter den Prozeß geführt hat, der Vertretene selbst, wenn er prozeßfähig, z.B. volljährig geworden ist oder dem vollmachtlosen Vertreter nachträglich Vollmacht erteilt, oder das Vormundschaftsgericht, wenn der gesetzliche Vertreter ohne die erforderliche Genehmigung prozessiert hat, sowie schließlich der gesetzliche Vertreter eines Prozeßunfähigen selbst, wenn er nachträglich die Vertretungsmacht erhält. Die

1) RPI ZRP 63, 176 ff.

2) Stein-Jonas-Pohle, § 88 I; Rosenberg, § 50 II 8 b

Genehmigung kann formlos und stillschweigend erfolgen (§ 89 II). Soweit eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts infrage kommt, ist eine Erklärung gegenüber dem Vormund (Pfleger) und die Mitteilung derselben durch den Vormund an das Prozeßgericht oder den Gegner erforderlich¹⁾. Die lediglich an den gesetzlichen Vertreter gerichtete Genehmigungserklärung genügt hier ausnahmsweise nicht, um die Prozeßführung wirksam werden zu lassen.

Die Genehmigung heilt mit rückwirkender Kraft²⁾. Diese Folge der Genehmigung wird bedeutsam, wenn durch die Klage oder den Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls (§ 693 II) die Verjährung unterbrochen oder eine Frist gewahrt werden soll und die Genehmigung nach Ablauf der Frist bzw. nach Eintritt der Verjährung erfolgt. Lehre und Rechtsprechung ziehen hier zu Recht aus der rückwirkenden Kraft der Heilung die notwendige Folge, daß mit der Erklärung der Genehmigung rückwirkend die Verjährung unterbrochen³⁾ oder die Frist gewahrt wird⁴⁾. Bedenken gegen die rückwirkende Fristwahrung werden von Hellwig⁵⁾ für den Fall der vollmachtlos vorgenommenen Prozeßhandlungen⁶⁾ geltend gemacht. Die Genehmigung des Vertretenen könne nur dann die Frist wahren, wenn sie vor deren Ablauf erteilt sei. Dies ergebe sich dar-

1) §§ 1828, 1829 BGB; so auch Hellwig, Lehrbuch 2, S. 389

2) allgemeine Ansicht z.B. Rosenberg, § 51 III 3; ständige Rechtsprechung, z.B. RGZ 86, 246; BGH I DR 1951, 733 a.F.; BGH LM Nr. 10 zu § 209 BGB

3) RGZ 86, 246; BGH LM Nr. 10 zu § 209 BGB; Baur, JZ 1958, 247

4) RGZ 90, 87 zu § 41 KO

5) Lehrbuch 2, S. 430 und System, § 85 III 2 a

6) nur für diesen Fall; er will aber Rückwirkung dann zulassen, wenn die Prozeßhandlungen gegen ü b e r dem vollmachtlosen Vertreter vorgenommen worden sind.

aus, daß durch den Ablauf der Frist eine feste Rechtslage für den Gegner entstanden sei, die nicht nachträglich aufgehoben werden könne.

Jedoch ist das Interesse des Gegners, den Vertretenen an dem Eintritt der Frist festzuhalten, hier nicht so schutzwürdig, als daß keine rückwirkende Heilung möglich wäre. Kennt der Gegner den Mangel der Vollmacht nicht, erscheinen die Prozeßhandlungen ordnungsgemäß, so daß der Gegner nicht auf den Ablauf der Frist vertrauen kann. Kennt er den Mangel bei Vor-
nahme der Prozeßhandlung, muß er damit rechnen, daß nachträglich Vollmacht erteilt oder die Prozeßführung genehmigt wird, da diese Möglichkeit ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist (vgl. § 89), und sich der Gegner darauf einstellen muß.

Ob die Genehmigung die ganze Prozeßführung des Vertreters umfassen muß, oder ob für die instanzbeendenden Prozeßhandlungen, wie Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme, eine Ausnahme gelten soll, ist auch hier streitig. Das Schrifttum¹⁾ hat sich für erstere Lösung ausgesprochen, während es der BGH²⁾ bei der Heilung durch nachträgliche Erteilung der Vollmacht von dem Willen des Vertretenen abhängig macht, ob von der Genehmigung auch ein durch den vollmachtlosen Vertreter erklärter Rechtsmittelverzicht erfaßt werden soll.

Der BGH weicht hier ohne zwingende Gründe von dem zur Prozeßunfähigkeit entwickelten Grundsatz ab, daß auch der fehlerhafte Rechtsmittelverzicht die Rechts-

1) Blomeyer, § 30 III 2 c; Hellwig, Lehrbuch 2, S. 340 in Verbindung mit S. 390 und S. 430; Rosenberg, § 51 III 3

2) BGHZ 10, 147 = LM Nr. 1 zu § 89 mit Anm. von Lersch; ebenso Stein-Jonas-Pohle, § 89 V 2

kraft herbeiführt. Auch in diesem Falle ist aber die Rechtslage keine andere. Entweder man gibt den Grundsatz der Unteilbarkeit der Genehmigung für diesen Fall auf, damit der Prozeß in der Rechtsmittelinstanz weitergeführt werden kann, oder man läßt auch bei einem Rechtsmittelverzicht durch den vollmachtlosen Vertreter die Rechtskraft eintreten und gibt dem Vertretenen die Nichtigkeitsklage. Der Weg des BGH, den Eintritt der Rechtskraft davon abhängig zu machen, ob dem Vertretenen bei der nachträglichen Vollmachtserteilung der Rechtsmittelverzicht des vollmachtlosen Vertreters bekannt war, ist der Sicherheit des Verfahrens abträglich und schafft gerade die Unsicherheit, die die Rechtsprechung vermeiden will, indem es auch dem Rechtsmittelverzicht des Prozeßunfähigen eine die Rechtskraft erzeugende Wirkung zugesprochen hat. Es hat deshalb auch hier der Grundsatz zu gelten, daß der Rechtsmittelverzicht und die Rechtsmittelerücknahme des Vertreters ohne Vertretungsmacht die Rechtskraft herbeiführen, und daß dem Vertretenen der Weg der Nichtigkeitsklage offensteht, um die Rechtskraft des Urteils zu beseitigen¹⁾. Erhebt der befugte gesetzliche Vertreter oder der nun bevollmächtigte Anwalt die Nichtigkeitsklage, so kann die Sache von neuem verhandelt werden.

c) Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen

Meist wird angenommen, daß die vom ersichtlicherweise unbefugten Vertreter eingereichte Klage nicht mit Terminsanberaumung zugestellt werden dürfte²⁾.

1) Blomeyer, § 30 III 2 b

2) Blomeyer, § 9 IV 2; Hellwig, Lehrbuch 2, S. 390 f., 423; Rosenberg, § 91 I 2 b

Das kann in dieser Allgemeinheit schon deshalb nicht angenommen werden, weil der gesetzliche Vertreter oder der vollmachtlose Vertreter im Parteiprozeß unter den Voraussetzungen des § 56 bzw. 89 I einstweilen zur Prozeßführung zugelassen und im Anwaltsprozeß der Mangel der Vollmacht nur auf Rüge des Gegners berücksichtigt werden kann. Im übrigen gilt das gleiche wie bei feststehender Prozeßunfähigkeit. Nur wenn auch die Unheilbarkeit feststeht, darf ausnahmsweise die Terminsanberaumung verweigert werden, was bei einem Vollmachtsmangel sehr selten und im Falle der unbefugten gesetzlichen Vertretung nur dann möglich ist, wenn dem Gericht aus einem früheren Verfahren die Person des gesetzlichen Vertreters bekannt ist und dieser auf Anfrage mitgeteilt hat, daß er die Klagerhebung nicht genehmigen werde¹⁾.

Ist die Klage durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht erhoben worden, so ist die Klage u.U. erst in höherer Instanz durch Prozeßurteil abzuweisen²⁾.

Die übrigen unwirksamen Erwirkungshandlungen sind als unzulässig zu verwerfen, so z.B. das Rechtsmittel, wenn seine Unheilbarkeit feststeht³⁾. Auch die Unwirksamkeit der Bewirkungshandlungen ist im Grundsatz, meist in den Urteilsgründen, auszusprechen.

§ 11 Der Mangel der Postulationsfähigkeit

I. Die einzelnen Fälle der Postulationsunfähigkeit
Prozeßhandlungen der Parteien sind weiterhin dann fehlerhaft, wenn entweder der Partei selbst oder dem von ihr bevollmächtigten Vertreter bei Vornahme von

1) Grundsätzlich gegen Terminsverweigerung: Stein-Jonas-Pohle, § 88 II 3; Wieczorek, § 88 B II c

2) h.L., z.B. Stein-Jonas-Pohle, § 88 III 2;
a.A. diejenigen, die Nichtigkeit der Klage annehmen, so Hellmann, ZZP 27, 261 ff.; Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 91: Abweisung durch Beschluß

3) BGH LM Nr. 4 zu § 97

Prozeßhandlungen die Postulationsfähigkeit fehlt. In bestimmten Verfahren genügt die Prozeßfähigkeit der Partei nicht, um die einzelnen Prozeßhandlungen selbst wirksam vornehmen zu können. Sie muß sich vielmehr vor den Landgerichten und den höheren Gerichten durch einen zugelassenen Anwalt bei der Vornahme von Prozeßhandlungen vertreten lassen, die vor oder gegenüber dem Gericht vorzunehmen sind. Die Partei selbst bleibt befähigt, Prozeßhandlungen außerhalb des Prozesses, z.B. die Erteilung der Prozeßvollmacht¹⁾, oder gegenüber dem Gegner, z.B. den Rechtsmittelverzicht²⁾, vorzunehmen, sowie tatsächliche Erklärungen vor Gericht abzugeben, wenn sie zur Anhörung geladen ist (§ 141), oder wenn ihre Erklärungen der Berichtigung des Prozeßvertreters dienen (§§ 85 Satz 2, 137 IV)³⁾. Ferner fehlt der Partei auch die Postulationsfähigkeit im Parteiprozeß, wenn ihr das Gericht wegen des Mangels der Fähigkeit zum geeigneten Vortrag den weiteren Vortrag untersagt hat (§ 157 II). Die im Namen der Partei von einem bevollmächtigten Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen sind wegen Postulationsunfähigkeit dann fehlerhaft, wenn im Anwaltsprozeß der bevollmächtigte Anwalt nicht beim Prozeßgericht zugelassen ist, sowie im Parteiprozeß auch dann, wenn der Bevollmächtigte nach § 157 I von der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen oder wenn ihm gemäß § 157 II der weitere Vortrag unter-

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 107

2) BGHZ 2, 114; BGHZ 4, 320; OLG Düsseldorf, NJW 1965, 403. Streitig ist, ob durch den beiderseitigen, jeweils dem Gegner gegenüber erklärten Rechtsmittelverzicht unmittelbar die Rechtskraft eintritt; dafür OLG Düsseldorf, a.a.O. mit zust. Anm. von Hillebrand; dagegen Wüstenberg, NJW 1965, 699 (Anm.) mit weiteren Nachweisen: nur prozessuale Einrede, Rechtskraft nur bei Verzicht durch Anwalt gegenüber dem Gericht.

3) Weitere Ausnahmen vom Anwaltszwang enthält § 78 II

sagt ist¹⁾).

In letzteren Fällen scheint auch zugleich ein Mangel der Vertretungsmacht vorzuliegen. Jedoch ist die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen wegen des Mangels der Vertretungsmacht und wegen Postulationsunfähigkeit scharf zu unterscheiden. Der Mangel der Postulationsfähigkeit des Vertreters berührt die auf der Prozeßvollmacht beruhende Vertretungsmacht nicht²⁾. Die Zulassung als Rechtsanwalt sowie der Nichtausschluß des Vertreters gemäß § 157 I im Parteiprozeß sind Voraussetzungen des stellvertretenden Handelns und nicht der Vollmacht. Sie berühren also die Wirksamkeit der Vollmacht nicht, so daß ein Vollmachtsmangel gar nicht vorliegt, aber sie machen die Prozeßhandlungen wegen Postulationsunfähigkeit fehlerhaft³⁾).

Ein Grenzfall zwischen Postulationsunfähigkeit und mangelnder Vertretungsmacht liegt vor, wenn der Prozeßbevollmächtigte prozeßunfähig ist. Mit der h.L. ist hier anzunehmen, daß die Prozeßunfähigkeit des Bevollmächtigten im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung die Vollmacht unwirksam macht⁴⁾ mit dem Ergebnis, daß die einzelnen von dem prozeßunfähigen Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen wie beim Mangel der Vertretungsmacht zu bewerten und durch Genehmigung heilbar sind. Ein Fall der Postulationsunfähigkeit liegt nicht vor.

-
- 1) Im Arbeitsgerichtsverfahren fehlt sie auch in der ersten Instanz bei einem Streitwert unter 300 DM den Rechtsanwälten, soweit sie nicht unter den Voraussetzungen des § 11 I 2 AGG als Prozeßbevollmächtigte zugelassen worden sind.
 - 2) h.L., vgl. Blomeyer, § 9 III 4; Rosenberg, § 50 II 5; Stein-Jonas-Pohle, § 80 II 4; a.A. RG JW 1926, 2574: Vollmacht an einen gemäß § 157 I ausgeschlossenen Vertreter ist nichtig.
 - 3) vgl. Blomeyer, § 9 III 4
 - 4) Baumbach-Lauterbach, § 79 I; weitere Nachweise bei Lukes, ZZP 69, 149; a.A. Rosenberg, § 50 II 5; teilweise auch Stein-Jonas-Pohle, § 79 I, 78 V 3 Anm. 41: Wirksamkeit der Vollmacht bei beschränkter Geschäftsfähigkeit

II. Bewertung und Heilung des Mangels

1. Die Möglichkeit eines Zulassungstreits

Ein Streit um das Vorliegen der Postulationsfähigkeit wird praktisch niemals vorkommen. Handelt im Anwaltsprozeß die Partei selbst, indem sie etwa eine von ihr selbst verfertigte und unterschriebene Klageschrift bei dem Landgericht einreicht, so wird der Mangel der Postulationsfähigkeit, wenn er nicht, was die Regel sein wird, schon von dem Vorsitzenden bei Terminsanberaumung erkannt wird, spätestens in der ersten mündlichen Verhandlung offenbar. Auch wenn der Partei im Falle des § 157 II der Vortrag untersagt war, und sie im folgenden Termin wiederum selbst erscheint, steht der Mangel der Postulationsfähigkeit fest. Ist ihr Vertreter postulationsunfähig, sei es, daß dieser als Anwalt bei dem Prozeßgericht nicht zugelassen, sei es, daß er im Parteiprozeß gemäß § 157 ausgeschlossen ist, steht der Mangel ebenfalls fest. Das Gericht wird ohne weiteres und ohne die Notwendigkeit eines Zwischenstreits die Postulationsunfähigkeit des nicht zugelassenen Anwalts durch Einsicht in die Liste der bei ihm zugelassenen Rechtsanwälte feststellen können (vgl. § 31 I BRAO).

Ein die Untersagung des weiteren Vortrags aussprechender Beschluß nach § 157 II ergibt sich aus dem Sitzungsprotokoll. Zu einem Zulassungstreit kommt es auch dann nicht, wenn die Partei oder der Gegner geltend machen, die Zulassung des Anwalts zur Anwaltschaft oder bei dem Prozeßgericht sei zurückgenommen oder erloschen, oder es sei gegen den Anwalt ein Berufs- oder Vertretungsverbot verhängt worden. Die rechtliche Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Anwalts wird weder durch die Zurücknahme oder das Erlöschen der Zulassung noch durch das Vertretungsverbot berührt (§§ 36 II, 155 V BRAO)¹⁾. Solange der Anwalt in der Anwaltsliste nicht gelöscht ist, was

1) Stein-Jonas-Pohle, § 78 V 4

ohne weiteres feststellbar ist, oder durch das Gericht nicht zurückgewiesen ist (§ 156 II BRAO), ist er postulationsfähig. Wird die Prozeßunfähigkeit des Anwalts gerügt, entsteht ein Zwischenstreit um das Vorliegen dieser Fähigkeit, der aber einen Streit um die Vertretungsmacht und nicht um die Postulationsfähigkeit darstellt.

Somit kann hier die besondere prozessuale Situation, aufgrund deren die Prozeßhandlungen Partei- und Prozeßunfähiger sowie der Vertreter ohne Vertretungsmacht als wirksam bewertet worden sind, nicht eintreten.

Dementsprechend entsteht im Arbeitsgerichtsverfahren erster Instanz kein Zulassungstreit, wenn bei einem Streitwert unter 300 DM ein Anwalt die Klage einreicht, die Voraussetzungen der Zulassung gemäß § 11 I 2 AGG behauptet und den Antrag auf Zulassung stellt. Der Zulassungsantrag ist wegen der Postulationsunfähigkeit des Anwalts vor seiner Zulassung unwirksam¹⁾.

2. Die Bewertung der von einem Postulationsunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen

Die von dem Postulationsunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen werden meist mit der unklaren Wertkategorie der Unwirksamkeit bewertet²⁾. Jedoch wird von einem großen Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung ein Unterschied zu den Prozeßhandlungen Partei- und Prozeßunfähiger darin gesehen, daß die Prozeßhandlungen postulationsunfähiger Personen entweder überhaupt nicht durch Genenmigung³⁾ oder zumindest

1) h.L., z.B. Dersch-Volkmar, Kommentar z. AGG, 6. Aufl., § 11 Anm.8; Rick, RdA 1964, 94

2) Baumbach-Lauterbach, § 78 I E; Blomeyer, § 8 IV 3 und § 30 III 1; Rosenberg, § 44 II 1; Stein-Jonas-Pohle, § 78 I 4; auch Sauer, Prozeßrechtslehre, § 8 III 2, der jedoch darunter etwas anderes versteht, vgl. § 14 III

3) Blomeyer, § 8 IV 3; Lent-Jauernig, § 20 V; Dahns, FfW 1954, 101; OLG Braunschweig, MDR 1957, 425; OLG Hamburg, Rsp 17, 208

nicht durch Genehmigung mit rückwirkender Kraft¹⁾ heilbar seien. Verschiedentlich wird auch rückwirkende Heilung zugelassen²⁾.

Die Unheilbarkeit der Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger, die beim Vorhandensein von Ausschlußfristen zu einschneidenden Ergebnissen für die Partei führt, wird durchweg nicht näher begründet. Es ist jedoch nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb zwar die Prozeßhandlungen Partei- und Prozeßunfähiger nicht aber die Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger rückwirkend genehmigt werden können. Daß eine Heilungsmöglichkeit für den Mangel der Postulationsunfähigkeit im Gegensatz zu den §§ 89 II, 551 Nr. 5, 579 I Nr. 4 nicht ausdrücklich vorgesehen ist, kann nicht von entscheidender Bedeutung sein. Die Postulationsfähigkeit stellt eine Prozeßhandlungsvoraussetzung dar, für deren Mangel grundsätzlich die Genehmigung als Heilungsmöglichkeit in Betracht kommt. In denjenigen Entscheidungen, in denen die Rückwirkung der Genehmigung verneint und die Genehmigung nur als Bezugnahme mit Wirkung ex nunc aufgefaßt wird, begnügt man sich mit mehr allgemeinen Formulierungen. So beruft sich beispielsweise das Bundesverfassungsgericht auf nicht näher bezeichnete verfahrensrechtliche Grundsätze, nach denen eine durch einen nicht zugelassenen Prozeßbevollmächtigten vorgenommene Prozeßhandlung durch einen zugelassenen Prozeßbevollmächtigten nur mit Wirkung für die Zukunft wiederholt werden könne³⁾. Dadurch wird aber nur als Behauptung aufgestellt, was erst zu begründen ist. Auch der Hinweis auf den "gesetzlich zwingend vorgeschriebenen

1) Stein-Jonas-Pohle, § 78 I 4; Wieczorek, § 78 D I a 1; BVerfGE 8, 94; BSG NJW 1960, 1493

2) Baumbach-Lauterbach, § 78 1 E; Dietz-Nikisch, Kommentar z. AGG, § 11 Anm. 81; Rosenberg, § 44 II 3; Thomas-Putzo, § 78 1 a; RAG Warn Rsp 1942 Nr. 37

3) BVerfGE 8, 94

Vertretungszwang"¹⁾ oder die Berufung auf die "Sicherheit des Rechtsverkehrs"²⁾ können die Unheilbarkeit nicht ausreichend begründen. Aus der zwingenden Natur einer Prozeßnorm kann überhaupt nicht auf irgendwelche Rechtsfolgen geschlossen werden. Daß eine Norm zwingend ist, besagt nur, daß die Vorschrift ohne Rücksicht auf den Parteiwillen gilt, ihre Anwendbarkeit also nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann³⁾. Welche Folgen sich aus der Nichtbeachtung der Norm ergeben, ist aber ein Problem ihrer rechtlichen Bewertung und der Bewertung des Fehlers, der durch den Verstoß gegen die Norm entstanden ist⁴⁾.

Abgesehen von der Heilungsmöglichkeit sind auch viele praktische Einzelfragen in Lehre und Rechtsprechung umstritten: so beispielsweise, ob bei Klagerhebung durch einen Postulationsunfähigen ein Urteilsverfahren eingeleitet wird und Rechtshängigkeit mit ihren prozessualen und materiell-rechtlichen Wirkungen eintritt, ob Rechtsmittel den Ablauf der Rechtsmittelfrist hindern oder ob die Terminsbestimmung verweigert werden kann. Näher wird zu diesen Einzelfragen bei der Bewertung der Postulationsunfähigkeit im Hinblick auf die innerprozessualen näheren und die entfernteren Wirkungen der Prozeßhandlungen einzugehen sein.

a) Die innerprozessuale Wirksamkeit und Heilbarkeit der Prozeßhandlungen

Die Vorschriften über die Postulationsfähigkeit (§§ 78, 157) dienen in erster Linie den Interessen der Rechtspflege, während das Interesse der rechtsunkundigen Parteien, Rechtsschutz im Prozeß zu erhalten, nicht im Vordergrund steht. Der Anwaltszwang

1) BSG NJW 1960, 1493

2) OLG Braunschweig, MDR 1957, 426

3) Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 32

4) Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt a.M. 1958, S. 44

soll den Rechtspflegeorganen die Durchführung ihrer Rechtsschutzaufgabe erleichtern¹⁾, indem durch den Rechtsanwalt als "Filter"²⁾ dem Kollegialgericht aussichtslose Prozesse ferngehalten werden und die anhängig gewordenen Prozesse durch sachgemäße Anträge sowie durch geordnete und juristische Verarbeitung des Prozeßstoffs ihrem Ziel einer gerechten Entscheidung in zweckmäßiger Weise entgegengeführt werden. Dieses Ziel soll gerade auch durch das Erfordernis der Zulassung des Anwalts bei dem Prozeßgericht erreicht werden. Durch das Lokalisationsprinzip wird die Vorbedingung für eine enge Arbeitsgemeinschaft zwischen Gericht und Anwaltschaft ermöglicht³⁾. Dadurch wird der Rechtsfindung in zweckentsprechender Weise gedient, wenn man nur an den jederzeit und ohne Zeitverlust möglichen Kontakt des Anwalts mit dem Gericht denkt.

Der Zwang zur Vertretung durch einen Rechtsanwalt bei den höheren Gerichten wirkt sich zwar im Ergebnis auch günstig für die Parteien selbst aus, indem ihre Rechtsverfolgung gefördert wird, aber der Interessenschutz der Partei tritt doch gegenüber den geschilderten öffentlichen Interessen zurück. Nikisch bemerkt zu Recht, daß man es an sich der Partei überlassen könnte, ob und durch wen sie sich vertreten lassen wolle⁴⁾. Es kann auch nicht geleugnet werden, daß es sich beim Anwaltszwang um eine Beschränkung der prozessualen Handlungsfreiheit der Parteien handelt, die nur durch gewichtige öffentliche Interessen der Rechtspflege gerechtfertigt werden kann⁵⁾. In der Diskussion um die Einführung des Anwaltszwangs

1) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 108

2) LG Berlin, NJW 1964, 673

3) Sauer, Prozeßrechtslehre, § 8 III 2; Stein-Jonas-Pohle, § 78 I 2

4) § 32 III; vgl. auch Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 108

5) Levin, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwangs, Berlin 1916, S. 65

um die Jahrhundertwende wurde dieser erbittert als "Prozeßhörigkeit"¹⁾, "gesetzliche Vormundschaft"²⁾ und als "Fessel des nach Mündigkeit strebenden Volkes"³⁾ bekämpft. Wenn auch heute niemand mehr ernsthaft mit diesen Argumenten gegen den Anwaltszwang zu Felde zieht⁴⁾, zeigen doch diese Äußerungen, daß es nicht immer unbestritten war, ob die Interessen der Rechtspflege an anwaltlicher Vertretung der Parteien im Vordergrund stehen sollten oder ob man den Schutz der Parteien nicht vielmehr diesen selbst überlassen könne. Mit der Anerkennung der Anwaltschaft als "Organ der Rechtspflege" (§ 1 BRAO), durch die Normierung ihres Pflichtenkreises und die Unterwerfung unter die Disziplinargerichtsbarkeit ist die öffentliche Stellung des Rechtsanwalts stark herausgehoben⁵⁾. Der auf die Parteien ausgeübte Zwang, sich dieses Organs der Rechtspflege bei bestimmten Verfahren zu bedienen, zeigt deutlich, daß damit im Interesse der Rechtspflege die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens gefördert werden soll. Aus diesem Grunde ist auch Personen, die die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, das Auftreten in der mündlichen Verhandlung untersagt. Nur der Anwaltsstand mit ordnungsgemäßer Vorbildung und entsprechenden Berufspflichten bietet die Gewähr, daß Arbeitskraft und Ansehen der Gerichte nicht geschädigt werden. Im Interesse der Rechtspflege soll durch § 157 I die Erhaltung eines ethisch und wissenschaftlich fundierten Anwaltsstandes gefördert und die Verbreitung des Rechtskonsulens-

1) Saar, DRZ 1914, 354

2) Josef, DRZ 1912, 323

3) Reichert, DRZ 1912, 646

4) vgl. aber die noch nicht abgeschlossene Diskussion um die Berechtigung des § 11 AGG, der umgekehrt wie § 78 den Parteien den Zwang auferlegt, vor den Arbeitsgerichten erster Instanz sich nicht durch einen Anwalt vertreten zu lassen; kritisch dazu Boldt, NJW 1953, 561 ff. und Rick, RdA 1964, 93 ff.

5) Rosenberg, § 28 II

tentums mit mangelhafter Vorbildung und undurchsichtigem Geschäftsgebaren verhindert werden¹⁾. Der Schutz der Partei würde diese Regelung an sich nicht erfordern. Ihr könnte man es überlassen, ob sie sich durch einen Anwalt oder durch einen Winkeladvokaten vertreten lassen will.

Da die Vorschriften über den Anwaltszwang in erster Linie dem sicheren Ablauf des Verfahrens dienen, ist die Bewertung der Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger so vorzunehmen, wie dieser Zweck am besten erfüllt werden kann. Insofern liegt es hier anders, als bei der Bewertung der Prozeßhandlungen Partei- oder Prozeßunfähiger sowie der Vertreter ohne Vertretungsmacht. Dort hatte bei der Bewertung der Schutz der von dem Mangel betroffenen Partei den Vorrang vor dem Interesse der Rechtspflege an der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens. Die einzelnen fehlerhaften Prozeßhandlungen waren als unwirksam, aber im Interesse des Prozeßunfähigen als heilbar zu bewerten. Das Prozeßinteresse an der Vermeidung schädlicher Schwebezustände wurde durch das Erfordernis der Genehmigung der gesamten Prozeßführung sowie durch die Wirksamkeit der die Rechtskraft herbeiführenden Prozeßhandlungen wie Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme ausreichend berücksichtigt. Anders liegt es bei der Postulationsunfähigkeit. Der Postulationsunfähige soll im Interesse der Rechtspflege schon von Beginn des Prozesses an, also schon bei Einreichung einer Klageschrift, von der Prozeßführung ferngehalten werden. Anderenfalls würde die Funktion des Anwalts als "Filter" nicht zum Tragen kommen. Da der Mangel der Postulationsfähigkeit auch leicht in jedem Stadium des Prozesses feststellbar ist, braucht durch die Klage des Postulationsunfähigen kein Urteilsverfahren in Gang gesetzt zu werden, in dem erst über den Mangel zu verhandeln und zu entscheiden wäre. Deshalb ist es nicht erforderlich,

1) RG JW 1926, 2574

daß die Prozeßhandlungen gewisse Wirkungen, wie die Prozeßhandlungen des Partei- oder Prozeßunfähigen, erzeugen.¹⁾ Es ist zum Beispiel unnötig, dem Rechtsmittel, das die Partei selbst einlegt, die hemmende Wirkung zuzubilligen. Bis die Prozeßunfähigkeit festgestellt ist, wird meist längere Zeit verstreichen, während die Postulationsunfähigkeit auf der Hand liegt. Würde man den Prozeßhandlungen der in der mündlichen Verhandlung anwesenden, aber nicht vertretenen Partei nicht jede Wirkung absprechen, könnte auch kein Versäumnisurteil gemäß §§ 330 ff. in dieser Verhandlung ergehen.

Das Interesse der Rechtspflege an der Zwischenschaltung eines Anwalts bei jeder Prozeßhandlung, die im Anwaltsprozeß vor oder gegenüber dem Gericht vorzunehmen ist, erfordert, daß die Prozeßhandlungen völlig wirkungslos sind, wenn dies nicht der Fall ist. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß die Partei bei den Prozeßhandlungen, die eine Frist wahren sollen, einen nicht wiedergutzumachenden Rechtsverlust erleidet, wenn diese Bewertung auch nach Eintritt eines Postulationsfähigen uneingeschränkt durchgeführt wird. Der Vorrang der Verfahrensinteressen erfordert aber, daß das Interesse der Partei an der Möglichkeit der Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlungen zurücksteht. Der Zweck des Anwaltszwangs würde weitgehend zunichte gemacht, wenn ein irgendwann im Laufe des Verfahrens bestellter postulationsfähiger Prozeßbevollmächtigter durch Genehmigung rückwirkend die durch den Postulationsunfähigen wirkungslos vorgenommenen Prozeßhandlungen heilen könnte²⁾. Der Postulationsunfähige ist hinsichtlich der Heilungsmöglichkeit auch nicht so schutzwürdig, wie ein Partei- oder

1) dazu oben S. 93 ff.

2) vgl. BSG NJW 1960, 1493

Prozeßunfähiger. Es liegt allein in seiner Hand, ob er den Anforderungen des Gesetzes nachkommt. Demjenigen, der einen Prozeß vor den höheren Gerichten führen will, muß die Erfüllung gewisser Sorgfaltspflichten, vor allem also die Bevollmächtigung eines bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalts, zugemutet werden. Kommt er diesem Erfordernis nicht nach, muß er die Folgen tragen. Demgegenüber hängt die Parteifähigkeit von Personenvereinigungen oft von schwierigen Rechtsfragen ab, und die Prozeßunfähigkeit wird der Partei selbst meist unbekannt sein, wie im Falle der Geisteskrankheit. Hier muß der Partei oder ihrem gesetzlichen Vertreter die Wahlmöglichkeit zugestanden werden, ob die Prozeßhandlungen nach Aufdeckung des Mangels und Eintritt der Fähigkeit geheilt werden sollen oder nicht. Auch das Interesse des Gegners, durch ein möglichst rasches und zweckdienliches Verfahren zu einer Gerichtsentscheidung zu kommen, steht einer Heilbarkeit entgegen. Während bei der Aufdeckung der Partei- oder Prozeßunfähigkeit, sowie der mangelnden Vertretungsmacht im Verlaufe eines Prozesses feststeht, daß das Interesse des Gegners nicht erheblich verletzt ist - weil er sonst die Prüfung der Voraussetzung hätte anregen können -, und deshalb Heilung eintreten kann, ist dies bei der Postulationsunfähigkeit der Partei nicht der Fall. Ein zweckdienliches Verfahren vor den höheren Gerichten kann nur durchgeführt werden, wenn sichergestellt ist, daß ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Anwalt den Prozeßstoff juristisch verarbeitet und sachgemäße Prozeßhandlungen unter eigener Verantwortung vorgenommen hat. Die nachträgliche Genehmigung durch einen Anwalt erfüllt aber nicht diese Voraussetzung. Oft würde der Anwalt bei Anerkennung einer Heilungsmöglichkeit gezwungen sein, völlig unsachgemäße Anträge der Partei zu genehmigen, nur um eine Frist zu wahren. Damit würden aber die Interessen des Beklagten verletzt und der Zweck des Anwaltszwangs zunichte gemacht.

Bei der Postulationsunfähigkeit können auch leichter unklare Rechtslagen entstehen als bei der Partei- oder Prozeßunfähigkeit. Diese Fähigkeiten werden meist immer für den ganzen Prozeß fehlen, während der Postulationsunfähige jederzeit selbst einzelne Prozeßhandlungen vornehmen kann. Müßte hier erst immer die Heilung abgewartet werden, würden für den Prozeß unerträgliche Schwebezustände entstehen, die bei der Prozeßunfähigkeit durch das Erfordernis der Genehmigung der gesamten Prozeßführung erträglich gemacht werden.

Gegen die hier vertretene Auffassung von der unheilbaren Wirkungslosigkeit der Prozeßhandlungen in Bezug auf die Entwicklung des Verfahrens kann nicht eingewendet werden, damit würde eine "formalistische Konstruktion über den materiellen Rechtsgehalt gestellt"¹⁾. Dieser Einwand würde nur dann zutreffen, wenn aus einer a priori konstruierten Nichtigkeit die Folgen für die Heilung des Mangels deduktiv abgeleitet würden, wie dies vor allem Sauer tut. Man kann aber nicht die aus wohlerwogenen Gründen des Prozeßrechts geschaffene prozessuale Form einfach unter Berufung auf das materielle Recht beiseite schieben.

Aus dieser aufgezeigten Interessenlage ergibt sich die Bewertung der innerprozessualen näheren Wirkungen der Prozeßhandlungen im einzelnen.

Erwirkungshandlungen, insbesondere Klagen und Rechtsmittel, äußern keine Wirkungen auf die Entwicklung des Verfahrens, so daß auch nicht gewisse Wirkungen wie bei der Partei- oder Prozeßunfähigkeit und dem Mangel der Vertretungsmacht eintreten. So setzt die Klage des Postulationsunfähigen, z.B. die privatschriftliche Klage, kein Urteilsverfahren in Lauf und führt nicht zur Rechtshängigkeit²⁾. Da weder

1) Dietz-Nikisch, Kommentar z.AGG, § 11 Anm. 81

2) Sauer, Prozeßrechtslehre, § 8 III 2; Wieczorek, § 253 F II a 1; OLG Braunschweig, MDR 1957, 426; RAG ARS 12, 457; a.A. LG Kassel, MDR 1963, 1018

zur Feststellung der Postulationsunfähigkeit ein kontradiktorisches Verfahren erforderlich ist, noch die in diesem Verfahren vorgenommenen Prozeßhandlungen jemals durch Heilung wirksam werden können, braucht die Rechtshängigkeit mit ihren prozessualen Folgen auch nicht, wie bei der Partei- oder Prozeßunfähigkeit, einzutreten. Das bedingt gleichzeitig, daß die Klagerhebung weder die Verjährung unterbrechen, noch eine Frist wahren kann und zwar auch dann nicht, wenn nach Ablauf der Ausschluß- oder der Verjährungsfrist eine postulationsfähige Person die Klage des Postulationsunfähigen genehmigt. Weil die hier dem Schutz des Postulationsunfähigen vorgehenden Interessen der Rechtspflege und des Beklagten nicht zulassen können, daß die Partei selbst handelt, kann den Prozeßhandlungen der Partei auch nicht dadurch rückwirkend Wirksamkeit verliehen werden, daß ein postulationsfähiger Prozeßbevollmächtigter auftritt und die Klage genehmigt. Ebenfalls tritt im Arbeitsgerichtsverfahren keine Heilung ein, wenn der Anwalt nach Klagerhebung zugelassen wird¹⁾. Deshalb ist auch von der Rechtsprechung anerkannt, daß die Klagerhebung durch einen Postulationsunfähigen weder die Verjährung unterbricht (§§ 261 b III, 209 BGB²⁾), noch eine prozessuale oder materiell-rechtliche Ausschlußfrist wahr³⁾. Auch § 212 II BGB ist unanwendbar. Wenn die Klage durch Prozeßurteil abgewiesen wird, kann die Verjährung nicht durch neue Klage rückwirkend unterbrochen werden⁴⁾.

1) Boldt, RdA 1953, 404; Dahns, NJW 1954, 101; Dersch-Volkmar, Kommentar z. AGG, 6. Aufl., § 11 Anm. 8; Rick, RdA 1964, 94

2) RAG ARS 18, 26; OLG Braunschweig, MDR 1957, 425 f.; ebenso das Schrifttum, Enneccerus-Nipperdey, § 235 IV A 1 a; Soergel-Siebert, § 209 Anm. 7

3) BVerfGE 8, 94; BSG NJW 1960, 1493; OLG Bremen, ZZP 68, 305

4) Blomeyer, § 44 III 1; OLG Braunschweig, a.a.O.

In einer Entscheidung hat das RAG¹⁾ den Standpunkt vertreten, daß die von einem nicht zugelassenen Anwalt erhobene Klage geheilt sei, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung durch einen zugelassenen Rechtsanwalt vertreten sei und dieser den Inhalt der Klageschrift genehmigt habe.

Hier handelt es sich aber nicht um eine Heilung der Postulationsunfähigkeit, wie auch Rosenberg²⁾ annimmt, sondern nur um eine Neuvernahme der Klage durch Bezugnahme des Anwalts in der mündlichen Verhandlung, deren Formmangel der Beklagte nicht gemäß § 295 rügte. Die Klagerhebung kann deshalb auch erst von der mündlichen Verhandlung an wirken. Dies brachte in dem entschiedenen Fall der Partei keinen Nachteil, da mit der Klage weder die Verjährung unterbrochen noch eine Frist gewahrt werden sollte.

Ebenso wie die fehlerhafte Rechtsmitteleinlegung durch einen Partei- oder Prozeßunfähigen - soweit nicht gerade das Rechtsmittel wegen dieser Mängel eingelegt wird -, hat die Einlegung der Berufung oder der Revision durch einen Postulationsunfähigen nicht die Wirkung der Eröffnung der Rechtsmittelinstanz. Darüber hinaus treten aber auch nicht die Wirkungen ein, die bei Vornahme dieser Prozeßhandlungen durch einen Prozeßunfähigen eintreten, nämlich Fristwahrung nach Heilung und die die Rechtskraft hemmende Wirkung des Rechtsmittels. So wahrt der Einspruch eines Postulationsunfähigen gegen ein Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts nicht die Frist des § 59 AGG³⁾ und die sofortige Beschwerde nicht die Frist des § 577 II⁴⁾. Nur wenn die Rechtsmittelfrist noch nicht verstrichen ist, kann der Postulationsfähige durch Bezugnahme das Rechtsmittel neu einlegen⁵⁾. Das Rechtsmittel des Postulationsunfähigen ist mit

1) WarnRsp 1942 Nr. 37

2) Rosenberg, § 44 II 3

3) LAG Düsseldorf, Betrieb 1953, 428

4) RG JW 1904, 118

5) Wieczorek, § 78 D II a

einem so schweren Mangel behaftet, daß es keine hemmende Wirkung hat, so daß hier bereits mit Ablauf der Rechtsmittelfrist die Rechtskraft des Urteils eintritt, auch wenn das Rechtsmittel erst später von dem Rechtsmittelgericht verworfen wird¹⁾).

Die übrigen Erwirkungshandlungen wie Anträge, Behauptungen, Beweisführungen sind ohne Wirkung²⁾. Anerkenntnis oder Verzicht durch die Partei selbst im Anwaltsprozeß sind nicht wirksam³⁾. Ob ein Geständnis der Partei selbst in der Parteivernehmung wirksam ist, ist streitig⁴⁾. Die Erwirkungshandlungen äußern aber auch nicht die Wirkungen, die sonst bei den bisher behandelten Fehlern eintraten. Behauptungen der in der Verhandlung nicht vertretenen Partei werden nicht zum Prozeßstoff, so daß sie als nicht erschienen mit den Folgen der Terminsversäumnis angesehen wird. Sachanträge und Behauptungen sind für den Gegner unbeachtlich⁵⁾, er braucht sich auf sie nicht einzulassen⁶⁾. Prozeßanträge können weder eine Frist wahren⁷⁾, noch durch einen Postulationsfähigen durch Genehmigung geheilt werden. Es kommt nur ihre Neuvernahme in Betracht⁸⁾.

Die Berufungsbegründung eines Postulationsunfähigen wahrt nicht die Begründungsfrist und macht die Berufung unzulässig. Dies gilt sowohl, wenn die Partei

-
- 1) Daß dies bei schweren Mängeln des Rechtsmittels möglich ist, erkennt Blomeyer, § 88 I 2 a, a.E. ausdrücklich an, er führt allerdings keine Beispiele an.
 - 2) RG JW 1902, 529 für Behauptungen
 - 3) Stein-Jonas-Pohle, § 78 IV 4; Rosenberg, § 48 III 2 c
 - 4) für Wirksamkeit: RG JW 1915, 1437; BGH NJW 1953, 621; dagegen: Rosenberg, § 48 III 2 b; Lent, NJW 1953, 621 (Anm.); RG JW 1938, 1272
 - 5) Blomeyer, § 30 III 1; Stein-Jonas-Pohle, § 78 I 4
 - 6) im Falle der Prozeßunfähigkeit empfiehlt sich dagegen eine "Rüge" des Gegners, § 274 I Nr. 7; bei Vollmachtmangel im Anwaltsprozeß ist die Rüge Voraussetzung der gerichtlichen Prüfung.
 - 7) LG Berlin, NJW 1964, 673 zur Frist des § 157 II BBauG
 - 8) OLG Hamburg, Rsp 17, 208

selbst den Schriftsatz unterschrieben hat, als auch wenn sich aus dem Inhalt der von einem Anwalt unterschriebenen Berufungsbegründung ergibt, daß sie von der Partei selbst stammt¹⁾. Nach Ablauf der Frist kann der Mangel nicht mehr durch Genehmigung des postulationsfähigen Anwalts geheilt werden²⁾. Bewirkungshandlungen eines Postulationsunfähigen sind ebenfalls wirkungslos, so die Klagrücknahme mit der Wirkung, daß der Prozeß ohne weiteres fortgesetzt wird³⁾, ferner der Rechtsmittelverzicht⁴⁾ und die Rechtsmittelrücknahme, sowie der Prozeßvergleich, soweit man Anwaltszwang bejaht⁵⁾.

Von Rosenberg wird die Heilung der Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger dann zugelassen, wenn der Mangel unentdeckt geblieben und ein Sachurteil ergangen ist⁶⁾. Dann könne dem Mangel durch Genehmigung des Postulationsfähigen die Beachtlichkeit entzogen werden. Das gleiche gelte aber bei Vollmachtserteilung an einen nicht zugelassenen Anwalt, die sich als vorherige Zustimmung darstelle und auch dann, wenn die Partei selbst gehandelt habe. Deshalb finde weder ein Rechtsmittel noch die Nichtigkeitsklage gegen das Urteil statt.

Eine Heilung der einzelnen Prozeßhandlungen oder der gesamten Prozeßführung des Postulationsunfähigen, wenn der Mangel übersehen wurde, ist nicht möglich, da die Prozeßhandlungen als unheilbar wirkungslos zu bewerten sind. Das gilt sowohl für die Genehmigung innerhalb des Prozesses, als auch für die Heilung nach Abschluß des Verfahrens⁷⁾. Trotzdem

1) BGH JR 1954, 463

2) RGZ 65, 81 (85 a.E., 86)

3) RG JW 1912, 802; LG Stuttgart, ZZP 68, 180

4) BGHZ 2, 115

5) z.B. LG Hamburg, MDR 1952, 500; vgl. zum Anwaltszwang beim Prozeßvergleich, Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 203 Anm. 129; Blomeyer, § 65 V; Stein-Jonas-Pohle, § 78 IV 4

6) § 44 II 3; ebenso Blomeyer, § 8 IV 3

7) Das BSG NJW 1960, 1439, will diesen Fall unterschiedlich behandeln.

besteht kein Anlaß, der Partei die Nichtigkeitsklage zu gewähren, wenn der Mangel unentdeckt geblieben und die Rechtskraft des Urteils eingetreten ist¹⁾. Dies jedoch nicht aus dem Grunde, weil der Postulationsunfähige die Prozeßführung genehmigt hat, sondern weil nach Abschluß des Verfahrens das Interesse der Rechtspflege an Fernhaltung Postulationsunfähiger vom Prozeß nicht mehr besteht. Außerdem liegt kein Fall der nicht ordnungsgemäßen Vertretung im Sinne der §§ 551 Nr. 5, 579 I Nr. 4 vor. Bei der Vornahme von Prozeßhandlungen durch einen nicht zugelassenen Anwalt ist das Vertretungsverhältnis in Ordnung. Die Prozeßhandlungen sind nicht wegen eines Mangels der Vertretungsmacht, sondern aus dem selbständigen Unwirksamkeitsgrund der Postulationsunfähigkeit wirkungslos, so daß für eine Nichtigkeitsklage kein Raum ist²⁾.

Jedoch wird man im Interesse des Gegners ein Rechtsmittel zulassen müssen, solange noch keine Rechtskraft eingetreten ist.

Lag der Mangel bei dem in erster Instanz obsiegenden Kläger und war die Klage nicht wirksam erhoben, kann der Beklagte Berufung einlegen. Ebenso kann der Beklagte Revision nach § 549-nicht § 551 Nr. 5-einlegen, wenn der Kläger im Berufungsverfahren durch einen nicht zugelassenen Anwalt vertreten war³⁾.

b) Die verfahrensmäßige Behandlung der fehlerhaften Prozeßhandlungen

Auch in der verfahrensrechtlichen Behandlung der Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger durch das Gericht ergeben sich Unterschiede zu den bisher behandelten Mängeln.

1) a.A. RAG ARS 11, 377; Dietz-Nikisch, Kommentar z. AGG § 11, Anm. 85

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 579 V 2

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 551 II 5; näher zum Rechtsmittelverfahren Wieczorek, § 78 D I - III

Wird der Mangel der Postulationsfähigkeit schon bei Terminansetzung durch den Vorsitzenden festgestellt, ist die Anberaumung eines Verhandlungstermins durch Beschluß abzulehnen¹⁾. Vor der Ablehnung wird der Richter aber zweckmäßigerweise die Partei gemäß § 139 auf den Mangel hinweisen und ihr ggf. die Klageschrift zur Unterzeichnung durch einen zugelassenen Anwalt zurückreichen. Nur wenn die Partei oder der nicht zugelassene Anwalt auf Klagerhebung bestehen²⁾, ist die Terminsanberaumung abzulehnen. Die Einleitung eines Verfahrens wäre hier sinnlos, da der Mangel leicht feststellbar ist und nicht erst im Verfahren geklärt zu werden braucht. Die Partei wird auch nicht durch Terminsverweigerung einer Heilungsmöglichkeit beraubt.

Nicht zugestimmt werden kann der Ansicht, die Klageschrift könne, nachdem die Partei vergeblich zur Heilung des Mangels aufgefordert sei, formlos zurückgereicht werden³⁾ oder das Gericht brauche nichts weiter zu veranlassen⁴⁾. Eine formelle Bescheidung der Partei ist erforderlich, schon um ihr den Weg der Beschwerde (§ 567) zu eröffnen. Die Wertkategorie der Unbeachtlichkeit ist auf Erwirkungshandlungen überhaupt nicht anwendbar.

Wurde der Mangel übersehen und die Klage zugestellt, so ist die Abweisung der Klage als unzulässig durch Prozeßurteil am Platze⁵⁾. Daß die Klage völlig wirkungslos ist und nicht zur Rechtshängigkeit führt, steht dem nicht entgegen, wie schon bei der Behandlung des Mangels der nicht existenten Partei gezeigt

1) h.L. Blomeyer, § 8 IV 3; Goldschmidt, S. 373; Lent-Jauernig, § 33 IV 2 a.E.; LAG Mainz, Anw.Bl. 54, 73 mit zust.Anm. von Galperin

2) Daß dieser Fall in der Praxis vorkommen kann, zeigt die Entscheidung des LG Kassel in MDR 1963, 1018

3) Blomeyer, § 8 IV 3, § 33 II 1, anders offenbar § 43 I 2 b

4) Wieczorek, § 253 F II a 1

5) Baumbach-Lauterbach, § 78 1 E; Lent-Jauernig, § 33 IV 2 a.E.; LG Kassel in MDR 1963, 1018

wurde. Die Prozeßabweisung ist die einzige gebotene Form der richterlichen Tätigkeit nach Eintritt in die mündliche Verhandlung.

Die übrigen Erwirkungshandlungen, wie Anträge und Rechtsmittel, sind durch Beschluß als unzulässig abzuweisen bzw. zu verwerfen¹⁾, keinesfalls sind sie aber unbeachtlich²⁾.

Auch die Bewirkungshandlungen sind nicht unbeachtlich, da sich der Richter zu ihrer Bewertung bei der Zulässigkeitsprüfung von Erwirkungshandlungen zu äußern hat.

§ 12 Mängel der Klagerhebung

I. Die einzelnen Klagmängel

Die Erhebung der Klage beim Amts- (§ 496) oder Landgericht (§ 253) geschieht regelmässig³⁾ in zwei Stadien, nämlich der Einreichung einer Klageschrift bei Gericht und der Zustellung der Klage an den Beklagten. Die Terminsbestimmung und die Ladung der Parteien sind keine Bestandteile der Klagerhebung und keine Voraussetzung für ihre Wirksamkeit⁴⁾. Der Verstoß gegen zwingende Formvorschriften bei Klageschrift oder Zustellung bewirkt die Fehlerhaftigkeit der Klagerhebung und macht sie irgendwie unwirksam⁵⁾.

-
- 1) BAG AP Nr. 2 zu § 11 AGG für die Revision, die durch den Kläger persönlich eingelegt worden ist.
 - 2) So aber LAG Heidelberg, Betrieb 1950, 427: die Berufungseinlegung durch einen nicht zugelassenen Anwalt sei nichtig, Verwerfung durch Beschluß nicht erforderlich.
 - 3) Die mündliche Klagerhebung im Amtsgerichtsprozeß an "ordentlichen Gerichtstagen", § 500, kommt kaum vor und interessiert hier nicht.
 - 4) Jetzt h.L., z.B. Blomeyer, § 44 I; Reiner, Dissertation, S. 9 ff.; seit BGHZ 11, 176 ständige Rechtsprechung; zuletzt BGHZ 31, 348
 - 5) Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 253 III beeinträchtigt die Wirksamkeit nicht und kann hier außer Betracht bleiben.

Eine mangelhafte Klageschrift liegt dann vor, wenn entweder ihr Inhalt oder ihre äußere Form nicht den Anforderungen des Gesetzes genügen. So kann beispielsweise die Bezeichnung des Gerichts oder der Parteien fehlen¹⁾, die Klage weder Antrag noch Begründung enthalten²⁾, ferner der Antrag³⁾ oder nur der Klagegrund⁴⁾ fehlen oder unbestimmt sein. Dazu gehört auch der Fall, daß im Anwaltsprozeß die Begründung der Klage durch die Bezugnahme auf einen von der Partei selbst verfaßten Schriftsatz ersetzt wird⁵⁾.

Wenn die Klageschrift nicht eigenhändig von der Partei selbst, oder im Anwaltsprozeß von einem zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben⁶⁾ oder nicht in deutscher Sprache abgefaßt ist⁷⁾, leidet sie an Formfehlern. Beim völligen Fehlen der Unterschrift im Anwaltsprozeß liegt ein Formfehler und kein Mangel der Postulationsfähigkeit vor, da die Klageschrift gar nicht erkennen läßt, von wem sie ausgeht.

Die Klagerhebung ist weiterhin fehlerhaft, wenn die Zustellung nicht wirksam vorgenommen ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Zustellung nicht den Erfordernissen der §§ 166 ff. entspricht⁸⁾, wenn die Klage nicht zugestellt, sondern nur formlos übersandt wurde⁹⁾ oder wenn überhaupt eine Übermittlung der Klageschrift fehlt, der Beklagte aber auf anderem Wege von der Klagerhebung Kenntnis erhalten hat und zum Termin erscheint¹⁰⁾.

1) LG Berlin, ZZP 49, 228

2) LAG Baden, ARSt 6, 456

3) RGZ 141, 305; BGH ZZP 71, 471 (478)

4) RGZ 52, 325 (327); RG JW 1916, 845

5) BGHZ 22, 254; BGH LM Nr. 16 zu § 253

6) BGH NJW 1962, 1724 zur Berufungsbegründung; weitere Beispiele und Nachweise bei Reiner, Dissertation, S. 65 ff.

7) vgl. § 184 GVG; RGZ 31, 428: Berufung in französisch

8) siehe dazu die Beispiele bei Rosenberg, § 72 II 1; Blomeyer, § 32 IV

9) BGHZ 7, 268; 25, 66 ff.; BGH VersR 1964, 58

10) OLG Stettin, ZZP 55, 274 ff.

II. Bewertung und Heilung der Klagmängel

1. Mängel der Klageschrift

a) Die fehlende Bezeichnung des Gerichts

Das Unterlassen einer besonderen Bezeichnung des Gerichts in der Klageschrift schadet nicht, wenn diese aus der Anschrift und dem Zugang der Klageschrift bei einem bestimmten Gericht ersichtlich ist¹⁾. Die Bezeichnung der Abteilung oder der Kammer des Gerichts ist ebenfalls unnötig²⁾.

b) Die fehlende Bezeichnung der Parteien

Unerlässlich ist die Bezeichnung der Parteien, § 253 II Ziff 1. Durch ihre Bezeichnung in der Klageschrift wird bestimmt, wer Kläger und wer Beklagter des Prozesses ist und zwischen wem die Wirkungen des Prozeßbeginns eintreten. Die Parteien müssen individuell bestimmt und bezeichnet sein, damit ihre Identität feststellbar ist. Eine Klage "für oder gegen Unbekannt"³⁾ oder gegen "die Mieter des Hauses Marienburger Strasse 3/4" nur unter Nennung des Nachnamens⁴⁾ genügt diesen Anforderungen nicht. Dagegen ist aber eine Klage namens der unbekannten Erben ohne deren Namhaftmachung möglich, sofern die Identität der Partei gesichert ist⁵⁾. Nicht erforderlich ist es, daß in jedem Fall die Parteien nach Name, Stand oder Gewerbe und Wohnort angegeben werden, § 130 Nr. 1. Jedoch trägt die Partei die Folgen, wenn mangels dieser Angaben nicht demnächst zugestellt werden kann, vgl. §§ 261 b III, 496 III⁶⁾. Andererseits reichen diese Angaben

1) Goldschmidt, S. 373 Anm. 1919

2) Baumbach-Lauterbach, § 253 3 B

3) Rosenberg, § 40 I

4) LG Berlin, ZZP 49, 228

5) BGH ZZP 71, 474

6) BGHZ 32, 118 f.

nicht in jedem Falle aus. Wesentlich ist es, daß Identität und Persönlichkeit des Klägers und des Beklagten feststehen. Diese ist u.U. durch Auslegung zu ermitteln, wobei der gesamte Inhalt der Klageschrift heranzuziehen ist¹⁾. Das Gericht braucht aber nicht erst eigene zeitraubende Untersuchungen anzustellen, wer wohl als Partei in Frage kommt²⁾.

Besteht der Mangel auf der Beklagtenseite, hindert dies schon die Zustellung, so daß die Terminsanzetzung durch Beschluß abzulehnen ist, wenn der Kläger nach entsprechender Aufforderung die Person des Beklagten nicht ausreichend bezeichnet³⁾. Das gleiche gilt bei fehlender oder nicht durch Auslegung zu ermittelnder Parteibezeichnung auf der Klägerseite, da dann nicht feststeht, zwischen wem das Urteilsverfahren zur Entstehung gelangt. Insofern liegt es hier ähnlich wie bei der Nichtexistenz einer Partei, die schon bei Terminsanberaumung erkannt wird. Goldschmidt hält den Mangel der Parteibezeichnung gemäß § 295 für heilbar, kommt im Ergebnis aber auch zur Ablehnung der Terminsbestimmung⁴⁾. Es ist aber nicht recht ersichtlich, wie die fehlende Parteibezeichnung nach § 295 durch rügelose Einlassung des Beklagten geheilt werden soll. Fehlt eine individualisierte Parteibezeichnung ganz, wie im Falle der Klage gegen "die Mieter des Hauses Marienburger Strasse 3/4", muß die Anberaumung eines Verhandlungstermins verweigert werden, da eine Zustellung gar nicht möglich ist. Ist die Parteibezeichnung dagegen unbestimmt oder falsch, läßt sich die Identität aber durch Auslegung feststellen, kann die Parteibezeichnung ohne weiteres im Rubrum berichtigt werden, und es bedarf einer Heilung gemäß § 295 nicht, da eine fehlerhafte Klage insoweit gar nicht vorliegt.

1) Rosenberg, § 40 II 1

2) Reiner, Dissertation, S. 64

3) Daß dieser Fall praktisch vorkommen kann, zeigt LG Berlin, ZZP 49, 228

4) S. 373 Anm. 1919 gegen Sauer, Grundlagen, S. 460, der eine "Nichtklage" annimmt.

c) Das Fehlen von Antrag und Begründung

Ein Schriftsatz, der weder Antrag noch Begründung¹⁾ oder lediglich Beschimpfungen des Gerichts²⁾ oder einer anderen Person enthält, stellt sich nicht als Klage dar. Der Mindesttatbestand einer verhandlungsfähigen Klage liegt nicht vor, da ein solches Schriftstück nicht die Grundlage eines Verfahrens bilden kann, auch wenn es als "Klage" überschrieben ist. Die Terminsbestimmung ist deshalb abzulehnen³⁾, wenn nicht noch das Fehlende vom Kläger nachgeholt wird, was praktisch eine Neueinreichung der Klageschrift bedeutet. Nicht möglich ist es, dieses Schriftstück dem Kläger einfach zurückzuschicken, da das Gericht auf jeden Fall entscheiden muß.

Daß dieser Mangel bei Terminsbestimmung übersehen und dennoch zugestellt wird, kommt praktisch kaum vor. Deshalb bleibt nur festzustellen, daß eine Klage nach § 253 gar nicht vorliegt und deshalb keine ihrer Wirkungen eintreten. Ein solcher Schriftsatz unterbricht weder die Verjährung noch wahrt er eine Ausschußfrist⁴⁾. Eine Heilung nach § 295 ist nicht möglich, da ohne Antrag und Begründung das "Streitprogramm"⁵⁾ als unerläßliche Grundlage für die Tätigkeit des Gerichts fehlt und dieses zwar nachgeholt, aber nicht durch die Einlassung des Beklagten ersetzt werden kann.

d) Der fehlende oder unbestimmte Antrag

Wenn nur der Klagantrag fehlt oder unbestimmt ist, indem er beispielsweise nicht die herausverlangten Gegenstände bezeichnet⁶⁾ oder nicht angibt, ob der Kläger Kapitalabfindung oder Rente verlangt⁷⁾, ergibt

1) vgl. LAG Baden, ARSt 6, 456

2) Goldschmidt, S. 372: Contempt of court

3) Blomeyer, § 43 I 2 a; Rosenberg, § 91 I 2 a

4) LAG Baden, a.a.O.

5) Rosenberg, § 83 II 3

6) BGH ZZP 71, 478

7) RGZ 141, 305

sich die Bewertung der Klage und ihre Heilbarkeit aus dem Zweck des Klagantrags und einer Abwägung der beteiligten Interessen.

Der Antrag spricht aus, in welcher Hinsicht und in welchem Umfang der Kläger vom Gericht Rechtsschutz begehrt. Durch ihn wird der Streitgegenstand bestimmt¹⁾. Selbst wenn durch Auslegung der Klagbegründung ersichtlich ist, was der Kläger aufgrund des vorgebrachten Sachverhaltes verlangen könnte, kann ein bestimmter Antrag nicht entbehrt werden. Denn das Urteil soll ihm entsprechen und die Grundlage für einen eindeutig bestimmten Vollstreckungstitel abgeben²⁾. Die Unterbrechung der Verjährung tritt nur in dem Umfange ein, in dem der Anspruch zur richterlichen Entscheidung gestellt wird, was vor allem bei Teilklagen von Bedeutung ist, die nur in Höhe des beantragten Teils unterbrechen³⁾.

Auch der Beklagte muß aus einem bestimmten Antrag schon bei Zustellung der Klageschrift ersehen können, was von ihm verlangt wird und gegen welches Begehren des Klägers er Stellung nehmen soll.

Daraus folgt, daß die prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen der Klagerhebung bei fehlendem oder unbestimmtem Antrag nicht eintreten können. Die Grundlage, auf der sich das Verfahren aufbauen und entwickeln kann, fehlt. Ohne bestimmten Antrag sind Art und Maß des vom Gericht zu gewährenden Rechtsschutzes unklar. Ohne Bestimmung des Streitgegenstandes kann auch keine Rechtshängigkeit eintreten. Da der Umfang, in dem der Anspruch zur richterlichen Entscheidung gestellt wird, nicht bestimmt ist, kann auch keine Unterbrechung der Verjährung stattfinden⁴⁾. Deshalb ist auch § 212 II BGB nicht anwendbar,

1) So z.B. Rosenberg, § 88 II 2; Baumbach-Lauterbach, § 2 2 B; auch die Gegenmeinung nimmt das Klagbegehren "als ersten Anknüpfungspunkt", vgl. dazu Blomeyer, § 40 II 1

2) Blomeyer, § 43 II 2

3) Palandt, § 209 Anm. 2

4) BGB-RGRK (Johannsen), § 209 Anm. 14

der voraussetzt, daß überhaupt eine Klage erhoben und durch Prozeßurteil abgewiesen wurde. Bei fehlendem oder unbestimmtem Antrag liegt aber noch gar keine vollendete Klagerhebung vor, so daß auch die Verjährung nicht durch eine neue Klage binnen 6 Monaten rückwirkend auf den Zeitpunkt der ersten Klage unterbrochen werden kann¹⁾. Auch eine Heilung des Mangels nach § 295, der hier als Heilungsmöglichkeit allein in Betracht kommt²⁾, kann nicht eintreten. Derart im Interesse der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens unerläßliche Bestimmungen müssen eingehalten und können nicht durch bloße Einlassung des Beklagten ersetzt werden. Ohne bestimmten Antrag kann selbst bei Rügeverzicht des Gegners kein Sachurteil ergehen. Das Interesse des Klägers an der Heilbarkeit des Mangels muß hier zurückstehen. Es fehlt ein wesentliches Erfordernis der Klage, nämlich ein bestimmter Antrag, so daß "in Wahrheit keine Klage im Sinne des Gesetzes" vorliegt³⁾, die als Grundlage der Heilung dienen könnte. Möglich ist hier nur eine Vervollständigung des fehlenden Tatbestandsstücks der Klage durch Nachholung des Fehlenden⁴⁾. Erst mit der Nachholung oder Ergänzung, die noch in der Berufungs-

1) So auch Blomeyer, § 44 III 1; RGZ 84, 311; a.A. Soergel-Siebert, § 212 Anm. 5

2) Ob § 295 auf Mängel des Klaginhalts anwendbar ist, ist sehr streitig.
Dafür: Baumbach-Lauterbach, § 253 2 C; Blomeyer, § 33 III 3; Goldschmidt, Lehrbuch, § 53 1 b; Lent-Jauernig, § 39 V; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 253 IV 1; Schönke-Schröder-Niese, § 47 V, BGB-RGRK (Johannsen), § 209 Anm. 15; RGZ 22, 421 und ständig; BGHZ 22, 257; 25, 76; BGH LM Nr. 16 zu § 253.
Dagegen: Hellwig, System, § 114 III 4; Nikisch, § 41 IV 2; Süss, Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klagerhebung im Zivilprozeß, Festgabe für Paul Heilborn, Breslau 1931, 131 ff.; Sydow-Busch, § 253 Anm. 2; Thomas-Putzo, § 253 4 b; BGH ZZP 71, 478

3) RGZ 84, 311

4) So auch Hellwig, System, § 114 III 4; Rosenberg, § 91 III 2; Süss, a.a.O., S. 139

instanz zulässig sind¹⁾, ist der Klagerhebungsakt vollendet. Die Klage ist erst jetzt erhoben, so daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit von nun an eintreten²⁾. Ist nach Klagerhebung aber vor Inhaltsergänzung eine Verjährungs- oder Klagausschlußfrist abgelaufen, ist durch die Klage unheilbar weder die Verjährung unterbrochen³⁾ noch eine Frist gewahrt worden⁴⁾. Nach Vervollständigung der Klage durch Nachholung oder Ergänzung des Klagantrags können diese Wirkungen eintreten, falls die Fristen noch nicht abgelaufen sind.

Der Mangel kann durch Zustellung eines ergänzenden Schriftsatzes behoben werden. Nicht erforderlich ist es, daß die gesamte Klageschrift neu zugestellt werden muß, da sich eine Klage aus mehreren Schriftstücken zusammensetzen kann⁵⁾. Möglich ist aber auch die Ergänzung der Klageschrift durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung. Dann ist auch § 295 wieder bedeutsam, allerdings nicht dadurch, daß damit der Inhaltsmangel geheilt wird, der selbst unheilbar ist. Jedoch heilen *f o r m a l e* Mängel der Inhaltsergänzung. Diese bestehen darin, daß die Ergänzung nicht durch Zustellung eines bestimmenden Schriftsatzes geschah und werden dadurch geheilt, daß der Beklagte sich auf die in der mündlichen Verhandlung derart ergänzte Klage rügelos einläßt⁶⁾.

Unabhängig von der Frage, ob die fehlerhafte Klage geeignet ist, ihre bestimmungsgemäßen Wirkungen auf das Verfahren zu entfalten, ist der Einfluß des

1) Blomeyer, § 44 II 1; vgl. auch die dort genannte Ausnahme

2) Baumbach-Lauterbach, § 253 2 C b; Rosenberg, a.a.O.; Sauer, Grundlagen, S. 459; Thomas-Putzo, § 253 4 b

3) z.B. BGB-RGRK (Johannsen), § 209 Anm. 14; Palandt, § 209 Anm. 1

4) Blomeyer, § 44 III 1; Rosenberg, § 91 III 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 253 IV 1

5) Baumbach-Lauterbach, § 253 2 C b

6) Blomeyer, § 44 II 2; Süss, a.a.O., S. 137

Fehlers auf die richterliche Entscheidungstätigkeit zu bewerten.

Eine Prüfung, ob das Antragserfordernis des § 253 II Ziff. 2 erfüllt ist, obliegt dem Gericht bei Terminsbestimmung nicht¹⁾. Zur Klärung dieser Frage ist nur Raum in der mündlichen Verhandlung. Fraglich kann nur sein, wie zu verfahren ist, wenn der Antrag in der Klageschrift völlig fehlt und dies bei Terminsanberaumung erkannt wird.

Der Antrag ist nur "die Spezifikation des in der Klage bereits enthaltenen Rechtsschutzgesuchs"²⁾ und als solcher zwar für den Eintritt der Klagwirkungen auf das Verfahren, nicht aber für die Terminsbestimmung unerlässlich. Die Rechtspflege hat ein Interesse daran, eine einmal, wenn auch fehlerhaft, erhobene Klage aufrecht zu erhalten und dem Kläger in der Verhandlung Gelegenheit zur Ergänzung des Fehlenden zu geben, um einer wiederholten Anrufung des Gerichts nach Terminsverweigerung vorzubeugen. Die Terminsbestimmung darf also nicht abgelehnt werden³⁾. Zweckmässig ist es aber, den Kläger gemäß § 272 b aufzufordern, noch vor dem Verhandlungstermin die Klage durch Zustellung eines ergänzenden Schriftsatzes an den Gegner zu vervollständigen.

Wird der Antrag durch den Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht nachgeholt, erfolgt Abweisung der Klage durch Prozeßurteil⁴⁾, u.U. noch in der Revisionsinstanz.

1) Reiner, Dissertation, S. 63

2) Goldschmidt, S. 373 Anm. 1919

3) So auch die h.L., die die Ordnungsmäßigkeit der Klage als Prozeßvoraussetzung ansieht; so z.B. Baumbach-Lauterbach, § 253 2 B; Reiner, Dissertation, S. 63; a.A. Sauer, Grundlagen, S. 459, der Ungültigkeit der Klage annimmt, wenn der Klagantrag nicht aus dem sonstigen Inhalt der Klageschrift zu entnehmen ist. Aber auch dann ist Nachholung ohne weiteres möglich und in der mündlichen Verhandlung zuzulassen.

4) h.L., z.B. Blomeyer, § 44 I; Lent-Jauernig, § 39 I; a.A. Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 81 ff.: Beschluß.

e) Fehlen oder Unbestimmtheit der Klagbegründung

Ein solcher Mangel liegt vor, wenn die Klagbegründung entweder überhaupt fehlt oder unbestimmt ist. Das letztere ist dann der Fall, wenn die Klagbegründung nicht die Individualisierung oder Konkretisierung des Tatbestandes vornimmt¹⁾, also wenn der Kläger beispielsweise nur behauptet, der Beklagte schulde ihm 100,-- DM. In der Praxis hat vor allem der Fall Bedeutung erlangt, daß im Anwaltsprozeß eine eingereichte und von einem zugelassenen Anwalt unterschriebene Klageschrift die Parteibezeichnung, den Antrag, die Angabe "wegen Schadensersatz" und ferner den Zusatz enthält, zur Begründung werde auf das Armenrechtsgesuch Bezug genommen, dieses aber von der Partei selbst und nicht von einem zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist²⁾. Eine Bezugnahme ist nach der Rechtsprechung jedoch nur dann zulässig, wenn auch das Armenrechtsgesuch von einem beim Gericht zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist³⁾.

Wenn die Klagbegründung gänzlich fehlt oder völlig unsubstantiiert ist, kann der Schriftsatz nicht als Klage angesehen werden, da weder das Gericht noch der Gegner das Streitprogramm des Klägers erkennen können. Es ist nicht ersichtlich, welcher Anspruch geltend gemacht werden soll. Die Klage kann deshalb keine Wirkungen ausüben und führt weder zur Rechtshängigkeit noch unterbricht sie die Verjährung⁴⁾, noch wahrt sie Ausschlußfristen⁵⁾. Der Mangel ist ebenso wie beim Fehlen eines bestimmten Antrags

1) Was dazu erforderlich ist, ist bekanntlich zwischen der Individualisierungs- und Substantiierungstheorie streitig. Der Theorienstreit hat aber für die Auslegung des § 253 II so gut wie keine Bedeutung, so mit Recht Rosenberg, § 91 II 2 b a.E.

2) So die Fälle BGH LM Nr. 16 zu § 253; BGHZ 22, 254 ff.

3) vgl. RGZ 145, 268 zur Berufungsbegründung

4) BGB-RGRK (Johannsen), § 209 Anm. 14; BGH LM Nr. 16 zu § 253

5) BGHZ 22, 257

unheilbar, da der Klagerhebungstatbestand noch nicht vollendet ist. Der Klaggrund kann aber nicht durch die Einlassung des Beklagten ersetzt werden, da ohne ihn kein Sachurteil ergehen kann und der Umfang der Rechtskraft nicht bestimmt ist.

Eine neue Klage gemäß § 212 II BGB unterbricht nicht nach Abweisung der ersten Klage als unzulässig durch Prozeßurteil. Doch kann die bestimmte Begründung mit Wirkung ex nunc nachgeholt werden, was jedoch dann nicht mehr hilft, wenn Fristen inzwischen verstrichen sind.

Bei Nachholung der Begründung in der mündlichen Verhandlung oder durch formlose Zusendung eines Ergänzungsschriftsatzes wird gemäß § 295 der Formmangel der Inhaltsergänzung geheilt¹⁾.

Einer eingehenderen Betrachtung muß der in der Praxis häufiger vorkommende Fall unterzogen werden, daß zur Klagbegründung im Anwaltsprozeß in der Klageschrift lediglich auf ein von der Partei selbst oder von einem beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Anwalt unterzeichnetes Armenrechtsgesuch Bezug genommen wird. In der Klageschrift selbst ist keine Begründung enthalten, da die bloße Angabe "Schadensersatz" o.ä. keine Begründung im Sinne des Vorbringens individualisierender Tatsachen darstellt. Das in Bezug genommene Armenrechtsgesuch kann aber keine wirksame Begründung abgeben und ist für das Gericht unbeachtlich²⁾. Der Anwalt hat durch seine Unterschrift nicht die Verantwortung für die Begründung übernommen. Das von der Partei selbst oder einem nicht zugelassenen Anwalt unterschriebene Armenrechtsgesuch kann mangels Postulationsfähigkeit die Klagbegründung durch den zugelassenen Anwalt nicht ersetzen³⁾. Weder das Gericht noch der Beklagte können

1) Beispiel: RG JW 1936, 2544

2) RGZ 145, 270 zur Berufungsbegründung

3) vgl. BGHZ 7, 174: In Bezug genommene Schriftsätze, die nicht von einem zugelassenen Anwalt unterzeichnet seien, könnten nicht als Teile der Berufungsbegründung angesehen werden.

aus dem Armenrechtsgesuch die Klagbegründung des Anwalts entnehmen, da nicht sicher ist, ob dieser das Armenrechtsgesuch der Partei gesehen, oder nicht nur aus Zeitmangel darauf Bezug genommen hat. Im Interesse der Rechtspflege und der Gegenpartei muß aber daran festgehalten werden, daß nur die Klagbegründung des zugelassenen Anwalts für Gericht und den Gegner verbindlich ist. Wenn auch das Armenrechtsgesuch in der Praxis dem Gegner mitgeteilt wird, kann dies als Klagbegründung nicht angesehen werden, so daß der Tatbestand einer Klage bis zur Ergänzung der Klageschrift durch die von einem zugelassenen Anwalt gefertigte Klagbegründung noch nicht vollendet ist. Deshalb kann aber auch die Rechtshängigkeit mit ihren materiell-rechtlichen Folgen sowie die Wahrung von Fristen bis zur Nachholung des Fehlenden nicht eintreten.

Eine Heilung gemäß § 295 scheitert daran, daß die Klagbegründung nicht durch die rügelose Einlassung oder den Verzicht des Beklagten ersetzt werden kann. Es fehlt ein wesentliches Erfordernis des Klagerhebungsstatbestands, das im Interesse der Rechtspflege vorhanden sein muß, damit die Klage als solche ihre Wirkungen ausüben kann. Im übrigen gilt das zur Heilung einer fehlenden oder unbestimmten Begründung bereits Ausgeführte für den Fall der unzulässigen Bezugnahme entsprechend.

Lehre und Rechtsprechung gehen nicht von der Bewertung des Fehlers aus und erkennen folglich nicht, daß eine Heilbarkeit wegen der Schwere des Mangels gar nicht in Betracht kommt. Sie wenden zwar grundsätzlich den § 295 an, scheuen aber andererseits vor der Rückwirkung des § 295 zurück und wollen deshalb nur eine Heilung ex nunc zulassen. So hat der BGH für die Unterbrechung der Verjährung¹⁾ und

1) IM Nr. 12 zu § 295 (Leitsatz) = IM Nr. 16 zu § 253; ebenso Blomeyer, §§ 33 III 3, 44 III 1

für die Wahrung von Ausschlußfristen¹⁾ entschieden, daß die Heilung erst vom Zeitpunkt der Behebung des Mangels oder der trotz Fehlens einer ordnungsmäßigen Klageschrift erfolgten rügelosen Einlassung an wirkt. Wenn, wie der BGH selbst ausführt²⁾, eine Klageschrift, die ein wesentliches Erfordernis des § 253 II nicht erfüllt, die Bezeichnung Klageschrift zu Unrecht führt und daher überhaupt keine Klageschrift darstellt, ist eine Heilbarkeit überhaupt und nicht nur die Rückwirkung der Heilung ausgeschlossen. Der Mangel ist im Interesse der Rechtspflege als so schwer zu bewerten, daß eine Heilung überhaupt nicht Platz greifen kann. Trotz des Bestrebens der ZPO, die Folgen eines Fehlers für die Vergangenheit zu beseitigen, kann eine Heilung dann nicht angenommen werden, wenn die Prozeßhandlung "formungemäß" vorgenommen ist. Diese Erwägungen haben aber nichts mit der Frage der Rückwirkung der Heilung zu tun, sondern sie führen zur Unheilbarkeit einer solchen Klage überhaupt.

Die Terminsbestimmung kann nicht verweigert werden, um dem Kläger Gelegenheit zur Nachholung des Fehlenden in der mündlichen Verhandlung zu geben. Insbesondere bei der unzulässigen Bezugnahme auf andere Schriftstücke muß dem Anwalt Gelegenheit gegeben werden, die Klage durch eine eigene Begründung in der ersten mündlichen Verhandlung zu ergänzen. Geschieht dies aber nicht, so ist die Klage als unzulässig durch Prozeßurteil abzuweisen.

f) Die nicht in deutscher Sprache abgefaßte Klageschrift

Eine Klageschrift, die in fremder Sprache abgefaßt ist, hindert nach allgemeiner Ansicht schon die An-

1) BGHZ 22, 257 zu § 143 DBG; BGHZ 25, 76; ebenso Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 253 IV 1

2) LM Nr. 16 zu § 253

beraumung eines Verhandlungstermins¹⁾. Dies ist zu billigen, denn aus ihr können weder das Gericht noch der Beklagte den Inhalt des Rechtsschutzgesuchs entnehmen, so daß für sie die Klage nicht verständlich ist. Das Gericht kann nicht beurteilen, ob sich überhaupt der Schriftsatz als Klage darstellt, und somit die Grundlage für die Einleitung eines Verfahrens gegeben ist. Der Beklagte kann nicht ohne weiteres Art und Umfang des klägerischen Angriffs erkennen. Auch bei Berücksichtigung der wachsenden internationalen Verflechtungen muß daran festgehalten werden, daß ein deutsches Gericht nur eine Klage in deutscher Sprache berücksichtigen kann. Es ist auch Reiner darin zuzustimmen, daß für das Gericht keine Veranlassung besteht, von Amts wegen eine Übersetzung der Klageschrift vornehmen zu lassen²⁾. Erst recht kann dies nicht dem Beklagten zugemutet werden. Dagegen kann der Kläger sich ohne weiteres an einen Übersetzer wenden und muß dies tun, wenn er jemanden verklagen will.

Sollte eine solche Klageschrift tatsächlich einmal zugestellt sein, was kaum vorkommen wird, ist die Klagerhebung völlig wirkungslos und nach § 295 unheilbar, selbst wenn der Beklagte sprachenkundig ist und auf die Geltendmachung des Mangels verzichtet. Daß bei anderen Prozeßhandlungen, etwa der sofortigen Beschwerde nach § 7 des Freiheitsentziehungsgesetzes, die Interessenlage ein anderes Ergebnis erfordern kann³⁾, steht dieser Ansicht nicht entgegen.

1) Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 54, 3 e; Blo-meyer, § 43 I 2 a; Reiner, Dissertation, S. 63; Rosenberg, § 91 I 2 a; vgl. auch RGZ 31, 429 und OLG München, HRR 1941 Nr. 46

2) Dissertation, S. 62

3) vgl. dazu LG Berlin, JR 1961, 384: die sofortige Beschwerde in spanisch nach § 7 des Freiheitsentziehungsgesetzes wahre die Frist, auch wenn die Übersetzung erst nach Ablauf der Frist dem Gericht vorliege.

g) Die fehlende Unterschrift

Aus dem Erfordernis der Schriftlichkeit folgt, daß eine Klageschrift vom Kläger bzw. im Anwaltsprozeß von einem Rechtsanwalt eigenhändig¹⁾ unterzeichnet sein muß. Nach der Rechtsprechung ist an diesem Erfordernis streng festzuhalten²⁾. Das gilt auch angesichts der heute nicht mehr auszuschließenden Möglichkeit der telegrafischen Klageeinreichung, bei der eine eigenhändige Unterschrift aufgrund der technischen Gegebenheiten gar nicht in Betracht kommen kann³⁾. Eine solche Klage ist deshalb auch ohne dieses Erfordernis wirksam und z.B. geeignet, eine Ausschußfrist zu wahren⁴⁾. Abgesehen von dieser Ausnahme ist ohne die Unterschrift die Klage nicht vollendet, da nicht sicher ist, ob es sich um eine von dem Kläger bzw. dem Anwalt herrührende prozessuale Erklärung handelt, und ob für diese die Verantwortung übernommen worden ist. Besonders für den Anwaltsprozeß ist der letztgenannte Gesichtspunkt von großer Bedeutung. Ohne die Unterschrift des Anwalts kann nicht das Vorliegen der Postulationsfähigkeit festgestellt werden. Es ist nicht sicher, ob auch der zugelassene Anwalt die Verantwortung für den Inhalt der Klageschrift übernommen hat. Der Sinn der Unterschrift ist es aber, die Herkunft der Klageschrift von einer postulationsfähigen Person auszuweisen⁵⁾. Liegt die Unterschrift nicht vor, können deshalb im Interesse der Rechtspflege die Wirkungen der Klageerhebung nicht eintreten. Auch für den Beklagten ist nicht ersichtlich, von wem die Klage herrührt. Solange dies nicht feststeht, kann weder ein Verfahren eingeleitet werden, noch kann ein begonnenes Ver-

1) Stempel oder Schreibmaschine genügen nach h.L. nicht, Nachweise bei Reiner, Dissertation, S. 66 ff.

2) Ausführlich VZS RGZ 151, 82 (85); zuletzt BGH NJW 1962, 1725 oben

3) Jetzt h.L., siehe BAG 13, 123

4) BAG, a.a.O.

5) BAG, NJW 1961, 1599

fahren irgendwelche Wirkungen, auch nicht rückwirkend, hervorbringen. Eine solche Klage wahrt weder eine Frist, noch führt sie Rechtshängigkeit herbei, da die "Klageschrift nicht vollendet ist"¹⁾. Der fehlende Bestandteil kann nur nachgeholt, nicht aber durch Einlassung des Beklagten ersetzt werden.²⁾ Erforderlich ist, daß der Kläger bzw. der Anwalt die Klageschrift nachträglich unterschreibt oder durch einen unterschriebenen Schriftsatz bestätigt und ergänzt. Erst in diesem Zeitpunkt ist die Klage erhoben und Rechtshängigkeit eingetreten.

Wird dieser Mangel schon bei Terminsanberaumung erkannt, ist diese abzulehnen, wenn der Kläger trotz Belehrung die Unterschrift nicht nachholt³⁾. Wurde aber zugestellt, wird wegen dieses Mangels die Klage kaum als unzulässig abgewiesen werden, da der Mangel wohl immer nachträglich behoben werden wird. Erfolgt dies jedoch nicht, wird die Klage als unzulässig durch Prozeßurteil abgewiesen.

2. Zustellungsmängel

Die Klagerhebung ist weiter fehlerhaft, wenn bei ihrem zweiten Akt, der Übermittlung der Klageschrift in Form der Zustellung an den Beklagten, Fehler unterlaufen. Hierbei sind verschiedene Mängel zu unterscheiden, die je nach der Interessenlage unterschiedlich zu bewerten und zu heilen sind.

a) Die fehlerhafte Zustellung der Klageschrift

Praktisch am häufigsten ist der Fall, daß die Zustellung der Klageschrift zwar erfolgt, aber mangelhaft ist, weil sie gegen die strengen Zustellungsformen

1) Rosenberg, § 91 II 5

2) a.A. ohne Begründung Blomeyer, § 44 II 2: Heilung nach § 295; wie hier, Rosenberg, § 91 III 2; Wieczorek, § 129 A II; RGZ 152, 27

3) h.L. Blomeyer, § 43 I 2 a; Reiner, Dissertation, S. 69

der §§ 166 ff. verstoßen hat¹⁾.

Der Zweck der Zustellungsförmlichkeiten ist es, die Prozeßhandlung dem Adressaten in streng formeller Weise unter gleichzeitiger Beurkundung zugänglich zu machen²⁾. Dadurch soll er sichere Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück erlangen, damit er sein Verhalten danach einrichten kann und gegen Überumpelungen sowie unverschuldete Versäumnisse geschützt wird³⁾. Daraus folgt, daß die Klage erst mit wirksamer Zustellung als erhoben anzusehen ist. Jedoch schafft die Kompliziertheit ihrer "recht verwickelt und detailliert"⁴⁾ geregelten Formen für den Kläger große Gefahren, die durch Anerkennung einer weitgehenden Heilung gemildert werden müssen. So besteht im Interesse der Parteien kein Grund, die Zustellungsformen zu ihrem Nachteil auswirken zu lassen, wenn trotz einer fehlerhaften Zustellung der Zustellungszweck offensichtlich erreicht ist, oder wenn der Beklagte, zu dessen Schutz die Zustellung vor allem geschaffen wurde, den Mangel nicht rügt. Auch das Interesse der Rechtspflege erfordert in diesem Falle kein Festhalten des Klägers an der Fehlerhaftigkeit, außer wenn es sich um Notfristen handelt, vgl. §§ 187 2, 295 II. Zustellungsmängel sind also weitgehend heilbar⁵⁾, und deshalb ist eine unter einem solchen Mangel leidende Klage nicht so fehlerhaft, wie bei den vorher behandelten Mängeln, wo die Interessen der Rechtspflege an der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens eine Heilung nicht zulassen. Im einzelnen sind bei einer fehler-

1) Dazu, welche Mängel hierbei entstehen können, vgl. Blomeyer, § 32 IV; Rosenberg, § 72 II 1

2) vgl. Blomeyer, § 31 I 2 b

3) Oertmann, ZZP 48, 451; Novak, Juristische Blätter 1961, 68; BGH NJW 1965, 104

4) Blomeyer, § 32; vgl. auch Rosenberg, § 69 I

5) Streng genommen wird die Zustellung selbst nicht geheilt, da sie keine Parteiprozeßhandlung ist, sondern geheilt wird die Prozeßhandlung, der die Zustellung dient und die durch den Zustellungsmangel fehlerhaft ist.

haft zugestellten Klage verschiedene Prozeßsituationen zu unterscheiden:

Der Beklagte erscheint in der nächsten mündlichen Verhandlung und läßt sich zur Klage ein. Dann ist der Zustellungsfehler gemäß § 295 I mit rückwirkender Kraft geheilt und die Klage hat alle Wirkungen der Rechtshängigkeit vom Augenblick der Zustellung an¹⁾. Auch die Zurückdatierung auf die Einreichung gemäß den §§ 261 b III, 496 III tritt ein, wenn die Voraussetzung der demnächst erfolgten Zustellung vorliegt²⁾.

Der Beklagte behauptet in der nächsten mündlichen Verhandlung mangelhafte Zustellung und ist zu einem Verzicht nicht bereit. Dann hat das Gericht die Befugnis, nach freiem Ermessen die Zustellung als bewirkt anzusehen, wenn sich der Zugang der Klage aus den Erklärungen des Beklagten ergibt, § 187 1. Diese Heilungsmöglichkeit hat gegenüber der selbstverständlich ebenfalls möglichen Wiederholung einer fehlerfreien Zustellung den Vorteil, daß eine Verzögerung des Prozesses durch Vertagung vermieden wird. Denn im allgemeinen wird das Gericht vertagen müssen, um die Wiederholung der zunächst fehlerhaften Zustellung zu ermöglichen. Dadurch kann bei der heutigen Geschäftsüberlastung besonders der Zivilkammern eine längere Verzögerung eintreten, ohne daß der Rechtsstreit in der Sache vorwärts getrieben wird³⁾. Ebenfalls vorteilhafter als die Wiederholung der Zustellung ist für den Kläger die Heilung nach § 187, wenn es auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ankommt.

-
- 1) allgemeine Ansicht: Rosenberg, § 75 III; Johannsen, LM Nr. 13 zu § 295 Anm. I c; BGH LM Nr. 6 zu § 253
 - 2) Dies gilt auch bei fehlerhafter Zustellung eines Zahlungsbefehls für § 693 II; vgl. RGZ 87, 273; 113, 341
 - 3) Diesen Gesichtspunkt scheint Rosenberg, § 91 III 3 zu übersehen, wenn er betont, daß Mängel der Zustellung wegen ihrer jederzeit möglichen Beseitigung durch Wiederholung von Amts wegen keine praktische Bedeutung mehr hätten.

Man denke nur daran, daß vor Nachholung der fehlerfreien Zustellung der Beklagte seinerseits eine weitere Klage über denselben Streitgegenstand erhebt¹⁾. Dem Kläger steht dann der Einwand der Rechtshängigkeit nur zu, wenn das Gericht die Zustellung der ersten Klage gemäß § 187 als bewirkt ansieht, nicht aber, wenn durch Wiederholung der Zustellung die erste Klagerhebung erst wirksam werden soll.

Zu einer Abweisung der Klage als unzulässig durch Prozeßurteil wegen einer fehlerhaften Zustellung wird es jetzt praktisch nicht mehr kommen, da die Heilungsmöglichkeiten und die Wiederholung der Zustellung von Amts wegen ausreichend vorbeugen.

b) Die fehlende Zustellung der Klagschrift

Wenn eine Übermittlung der Klagschrift nach Terminbestimmung versehentlich von der Geschäftsstelle überhaupt nicht, auch nicht formlos vorgenommen wurde, der Beklagte aber von dem Termin dennoch Kenntnis erhielt und erscheint, fehlt es an der Klagerhebung überhaupt, da diese noch nicht vollendet ist²⁾. Wie in den übrigen bisher behandelten Fällen der noch nicht vollendeten Klage ist Heilung nicht möglich. § 187 ist schon seinem Wortlaut und Sinngehalt nach nicht anwendbar. Ebenfalls entfallen die Heilungsmöglichkeiten nach § 295 und durch Zweckerreichung, weil dieser Mangel überhaupt unheilbar ist³⁾. Im Interesse eines sicheren und schleunigen Verfahrensablaufs kann die Übermittlung der Klagschrift nicht völlig unterbleiben. Zumindest muß der Beklagte die Möglichkeit der Kenntnisnahme erhalten. Deshalb kann der Beklagte zwar die fehlerhafte Form der

1) so in BGHZ 7, 268 ff.

2) OLG Stettin, ZZP 55, 274 ff.: Die Terminsverlegung wurde dem Beklagten von dem Vorsitzenden mitgeteilt, obwohl der Kläger noch gar nicht zugestellt hatte. Der Beklagte erschien zum Termin und beantragte Klagabweisung.

3) Thomas-Putzo, § 253 4 c; Rosenberg, § 75 III a.E. für den Fall, daß der Kläger ausbleibt. Versäumnisurteil kann gegen den Kläger nicht ergehen, selbst wenn der Beklagte gem. § 295 verzichtet.

Zustellung, nicht aber die fehlende Vollendung des Klagtatsbestandes durch Verzicht heilen. Wenn bei völlig unterbliebener Zustellung beide Parteien im Termin erscheinen, kann die mündliche Erhebung der Klage durch Einlassung des Beklagten geheilt werden, und sie wirkt dann erst von der mündlichen Verhandlung an, in der der Kläger die Klage erhoben hat¹⁾. Widerspricht der Beklagte oder sollte mit Einreichung der Klage eine Frist gewahrt werden, bleibt nichts anderes übrig, als die Zustellung nachzuholen und damit die Voraussetzungen der §§ 261 b III, 496 III herbeizuführen. Die rügelose Einlassung des Beklagten allein heilt bei völlig unterbliebener Übermittlung nicht, sondern nur zusammen mit ihrer mündlichen Erhebung im Termin, was eine Neuvernahme der Klagerhebung bedeutet.

c) Die formlose Übersendung der Klageschrift

In jüngster Zeit mußte sich die Rechtsprechung sehr häufig mit dem Fall auseinandersetzen, ob und auf welche Weise der Zustellungsmangel heilbar ist, der entsteht, wenn eine Klageschrift oder der eine Klagerweiterung enthaltende Schriftsatz nicht förmlich zugestellt, sondern nur formlos dem Beklagten zugesandt wurde.²⁾ Der Unterschied zur überhaupt fehlenden Zustellung liegt darin, daß die Klageschrift wenigstens dem Beklagten mitgeteilt wird. Es liegt aber auch kein Zustellungsmangel im eigentlichen Sinne vor, da nicht gegen eine der Formvorschriften der §§ 166 ff. verstoßen wird, sondern die Form der Zustellung durch die formlose Mitteilung ersetzt wird.

Bei der Bewertung dieses Mangels, von der die Möglichkeit der Heilung abhängt, darf nicht einseitig das Interesse des Klägers an Durchsetzung seines materiellen Rechts in den Vordergrund gestellt werden. Die Schutzinteressen des Beklagten als Adressat

1) Rosenberg, § 75 III; Oertmann, ZZP 48, 454

2) siehe oben S. 20 ff.

der Klagerhebung würden verletzt, wollte man einfach mit der Erwägung, daß die Durchsetzung des materiellen Rechts so wenig wie möglich an Verfahrensfragen scheitern solle¹⁾, eine so weitgehende Heilung zulassen, wie bei der nur fehlerhaften Zustellung.

Grundsätzlich muß der Kläger die aus dem Erfordernis der Zustellung für ihn entstehenden Gefahren tragen²⁾.

Andererseits muß berücksichtigt werden, daß er auf die Einhaltung der Zustellungsvorschriften nur wenig Einfluß hat, und daß deshalb hier das Interesse des Klägers an der Verwirklichung seines Rechts schutzwürdiger ist als bei den Mängeln der Klageschrift, deren Beachtung vorwiegend in seiner Hand liegt. Die Zustellung ist auch im Gegensatz zu den Erfordernissen, die das Gesetz für die Klageschrift aufstellt, überwiegend im Interesse des Beklagten geschaffen.

Dieser soll durch die formelle Zustellung eine sichere Kenntnis von der Klage erhalten, damit er sich auf diese einstellen kann. Bei einer nur formlosen Übersendung der Klageschrift ist diesem Schutzinteresse aber ausreichend Rechnung getragen, wenn man die Beachtung dieses Mangels von der Handlungsweise des Beklagten abhängig macht, also davon, daß er den Mangel rügt. Das Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens erfordert die Beachtung des Fehlers nicht mehr, wenn der Beklagte wirklich in den Besitz der Klageschrift gelangt ist und durch sein eigenes Verhalten zeigt, daß ihm durch die nur formlose Übersendung kein Nachteil erwachsen ist.

Anders als bei den bisher behandelten Mängeln der Klage kann sich hier auch ein ordnungsgemäßes Verfahren entwickeln. Der Fehler der unterbliebenen Zustellung ist also einerseits nicht als so schwer zu bewerten, wie die vorher behandelten Inhalts- und Formmängel, andererseits aber muß bei der Heilungsmöglichkeit besonders auf das Schutzinteresse des

1) vgl. BGH NJW 1960, 1948

2) vgl. Blomeyer, § 32 IV

Beklagten Rücksicht genommen werden. Das ist aber der Fall bei Anwendung des § 295 I, nicht aber bei Anwendung des § 187. Die Interessen der rügeberechtigten Gegenpartei werden durch die Anwendung des § 187 nicht ausreichend gewahrt, da diese Heilungsmöglichkeit den Eintritt der Heilung gerade auch zuläßt, wenn sich der Gegner auf die unterbliebene Zustellung beruft. Bei Anwendung des § 187 besteht die Gefahr, daß das Erfordernis der Zustellung, das dem Schutze des Gegners dient, immer mehr durch die formlose Übersendung ersetzt wird. § 187 dient aber nur dazu, die Zustellungsförmlichkeiten der §§ 166 ff. abzuschwächen, nicht aber, das Erfordernis der Zustellung überhaupt durch den bloßen Zugang zu ersetzen¹⁾. Deshalb ist § 187 schlechthin nicht anwendbar und auch dann nicht, wenn das Gericht zustellen wollte, die Klageschrift aber dennoch nur formlos übersandt wurde²⁾.

Dagegen bedeutet die Möglichkeit der Heilung nach § 295 I für den Gegner keine unzumutbare Härte, selbst wenn er in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels ist. Ist er anwaltlich vertreten, muß man fordern, daß der Anwalt die Zustellung in den Handakten kenntlich macht³⁾. Im Amtsgerichtsprozeß ohne Vertretung des Beklagten kann der Richter u.U. gemäß § 139 auf die Rügemöglichkeit hinweisen, wenn dazu besonderer Anlaß besteht⁴⁾.

In den wenigen Einzelfällen, in denen der Gegner ausschließlich zum Nachteil des Klägers die nur formlose Übersendung rügt, obwohl der Zweck der Zustellung eingetreten ist, kann der Heilungsgrund der Zweckerreichung eingreifen. Seine eng begrenzten Voraussetzungen verhindern, daß den Interessen des Beklagten nicht genügend Rechnung getragen wird. Vor

1) Für Anwendung des § 187 ein Teil von Lehre und Rechtsprechung; siehe dazu oben S. 20 ff.

2) a.A. BGH NJW 1956, 1887

3) BGH NJW 1960, 1947

4) BGHZ 25, 72

allem muß das Gericht sorgfältig prüfen, ob das Verhalten des Beklagten die Zweckerreichung ersichtlich macht.

Aus dieser Bewertung des Zustellungsmangels ergibt sich die Möglichkeit seiner Heilung in den verschiedenen Prozeßsituationen.

Sollte mit der formlos übersandten Klageschrift die Verjährung unterbrochen oder eine Ausschußfrist gewahrt werden, tritt diese Wirkung gemäß § 295 I ein, wenn der Beklagte rügelos verhandelt. Die Heilung wirkt also auf den Zeitpunkt der formwidrigen Übermittlung des Schriftsatzes zurück. Wenn die Klageschrift vor Ablauf der Frist dem Beklagten formlos zugegangen, aber inzwischen die Frist abgelaufen ist, bewirkt die Heilung, daß rückwirkend die Verjährung unterbrochen oder eine Klagausschußfrist gewahrt wird, ohne daß es noch der Heranziehung des § 261 b III bedarf¹⁾. Erfolgte dagegen die formlose Übersendung erst nach Verstreichen der Frist, ergibt sich die Fristwahrung aus den §§ 261 b III, 496 III, wenn die Klageeinreichung und der Zeitpunkt des Heilungseintritts zueinander dem Verhältnis der demnächstigen Zustellung entspricht²⁾. Mit Recht zieht die Rechtsprechung die Konsequenz aus der Heilung, daß die Fristen rückwirkend gewahrt werden, ohne daß die Zustellung formal nachgeholt zu werden braucht³⁾. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, der Zweck der Ausschußfrist, nämlich die Beseitigung einer Rechtsunsicherheit nach Ablauf einer bestimmten

1) so richtig BGH NJW 1960, 1948 (Klagerweiterungsschriftsatz) zu § 209 BGB; auch Rosenberg, § 75 III und § 91 III 3 a.E.; a.A. Blomeyer, § 44 III 2; Lent-Jauernig, § 39 V; BGH NJW 1953, 620 zu § 143 DBG; BGHZ 25, 75 zu § 35 EheG, die alle Heilung ab Verlust des Rügerechts annehmen und die Rückwirkung aus § 261 b III folgern. Dieses Umwegs bedarf es jedoch nicht, da die Heilung gemäß § 295 ex tunc erfolgt und dadurch unmittelbar die Frist gewahrt wird. Den Interessen des Beklagten wird dadurch genügend Rechnung getragen, daß es ihm möglich ist, die unterbliebene Zustellung der Klage zu rügen.

2) BGH ZP 73, 426 ff. mit zust. Anm. von Baumgärtel zu § 209 BGB

3) BGH NJW 1953, 621 a.E.; BGHZ 25, 75

Frist, stehe hier der Rückwirkung der Heilung entgegen. Das materielle Recht knüpft bei der Bewertung der Klagerhebung an das Prozeßrecht an, so daß es auch diesem überlassen bleiben muß, w a n n eine wirksame Klagerhebung vorliegt. Bei den heilbaren Zustellungsmängeln muß der Beklagte den Mangel rügen und kann sich nicht auf den Ablauf der Frist einrichten, wenn er die Rüge versäumt.

Rügt dagegen der Beklagte den Mangel in der mündlichen Verhandlung, muß vertagt und die Zustellung nachgeholt werden, da § 187 nicht eingreift. Diese wirkt aber, wenn die Frist schon abgelaufen ist, dann nicht auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück, wenn die Verzögerung der Zustellung nicht ganz geringfügig ist und auf fahrlässigem Verhalten des Klägers beruht¹⁾. Der Kläger muß daher bei einer mit einem Armenrechtsgesuch verbundenen Klageschrift zur Fristwahrung einen Antrag auf Klagzustellung vor Zahlung der Prozeßgebühr stellen, wenn er sich nicht dem Vorwurf nachlässigen Verhaltens aussetzen will²⁾. Tut er das nicht und wird der Mangel nicht gemäß § 295 geheilt, wirkt die Nachholung nicht auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück und die Klage kann die Frist nicht wahren. Dieses Ergebnis entspricht auch der hier vorgenommenen Interessenabwägung. Es kann dem Beklagten nicht verwehrt werden, die unterbliebene Zustellung zu rügen. Wenn der Kläger bei einer mit einem Armenrechtsgesuch verbundenen Klage nicht alles getan hat, um die Zustellung demnächst

1) Nach der Rechtsprechung erfolgt die Zustellung nicht "demnächst" i.S. des § 261 b III, wenn sie sich durch das Verschulden des Klägers verzögert, vgl. Blomeyer, § 32 III; BGH VersR 1964, 58. Dieses Ergebnis ist billigenswert, da die Zustellung der Klage vor Zahlung der Prozeßgebühr eine Ausnahme darstellt (vgl. § 111 IV GKG), so daß der Kläger klar zum Ausdruck bringen muß, ob die Klage schon vor Erledigung des Armenrechtsgesuchs zugestellt werden soll.

2) BGH VersR a.a.O.

durchführen zu lassen, muß er die Folgen des Zustellungsmangels tragen.

Anders ist die Interessenlage aber, wenn bis zur Durchführung der mündlichen Verhandlung eine längere Zeit verstrichen ist, innerhalb deren beide Parteien den Rechtsstreit so betreiben, als ob er rechtshängig wäre. Der Beklagte erscheint beispielsweise auf die Ladung hin zu dem Termin, in dem aber nur über einen Aussetzungsantrag verhandelt wird¹⁾. Die Parteien wechseln danach in dem längeren Zeitraum bis zur Anberaumung eines nächsten Verhandlungstermins mehrere Schriftsätze zur Sache²⁾. Wenn jetzt der Beklagte in der nächsten mündlichen Verhandlung die formlose Mitteilung der Klageschrift rügt, setzt er sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch. Denn er hat gezeigt, daß der Zweck der Zustellung auch durch die nur formlose Übersendung erreicht war, indem er den Rechtsstreit bis zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung so führte, als ob fehlerfrei zugestellt worden wäre. Hier hat der Gegner durch sein Verhalten das Erreichen des Zustellungszwecks ersichtlich gemacht. Es ist Heilung durch Zweckerreichung eingetreten, so daß der Gegner den Mangel nicht mehr rügen kann³⁾. Der Zeitpunkt des Heilungseintritts ist mit dem Zugang der Klageschrift anzunehmen. Das spätere Verhalten des Beklagten gestattet nur den Schluß auf die Tatsache, daß schon bei dem formlosen Zugang der Klageschrift deren Zweck erreicht war⁴⁾. Von diesem Zeitpunkt an ist Rechtshängigkeit eingetreten, deren Wirkungen auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückdatiert werden, §§ 261 b III, 496 III.

Wird zwischen dem Zeitpunkt der fehlerhaften Klagerhebung und der Behebung des Mangels eine weitere

-
- 1) Dies reicht für die Anwendung des § 295 nicht aus, siehe z.B. Baumbach-Lauterbach, § 295 2 A
 - 2) So lag es in dem vom OLG Frankfurt, Anw.Bl.1954, 201 entschiedenen Fall.
 - 3) Ebenso im Ergebnis OLG Frankfurt, a.a.O., das aber Heilung in ausdehnender Anwendung des § 187 angenommen hat.
 - 4) Ebenso BGH ZZP 70, 242 zu § 187

Klage zwischen den Parteien über denselben Streitgegenstand anhängig, ist der Einwand der Rechtshängigkeit gegen die zweite Klage nur gegeben, wenn der Mangel der ersten Klage rückwirkend geheilt werden kann. Dies kann nach den vorstehenden Ausführungen nur dann der Fall sein, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, in der der Beklagte den Mangel nicht gerügt hat, oder wenn sich aus seinem Verhalten die Zweckerreichung der fehlerhaften Zustellung ergibt. Veranlaßt der Gegner aber nichts und ist auch keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden, tritt aufgrund des bloßen Zugangs der Klage keine Rechtshängigkeit ein¹⁾. Zu Unrecht hat daher das OLG Düsseldorf²⁾ Heilung gemäß § 187 angenommen, obwohl lediglich die Klageschrift dem Beklagten formlos zugegangen war.

III. Der Zusammenhang von Bewertung und Heilbarkeit

Die Untersuchung der einzelnen Klagmängel hat sowohl hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Wirkungen der Klagerhebung auf das Verfahren, als auch auf die richterliche Entscheidungstätigkeit aufschlußreiche Differenzierungen ergeben.

Bei den inhaltlichen und formellen Erfordernissen der Klageschrift erfordert das Interesse der in Anspruch genommenen Rechtspflege an der ordnungsgemäßen Einleitung und Durchführung des Verfahrens, daß eine nicht die inhaltlichen und formellen Mindestanforderungen enthaltende Klageschrift nicht zur Klagerhebung mit ihren Wirkungen in Bezug auf das Verfahren führt. Ein Urteilsverfahren wird durch die Zustellung anders als bei der Partei- oder Prozeßfähigkeit nicht eingeleitet, so daß die Klage insofern nicht ihre inhaltlichen Wirkungen entfalten kann. Sie kann auch nicht rückwirkend geheilt werden, da ohne ein Erfordernis der genannten Art die Grundlage für den Beginn eines Verfahrens fehlt, das sich auf der Klagerhebung aufbaut. Das Bedürfnis

1) So richtig BGHZ 7, 268 (270)

2) NJW 1951, 968

an Wahrung der Form ist hier so stark, daß das Interesse des Klägers an Durchsetzung oder Erhaltung seines materiellen Rechts durch Heilung des Formverstosses zurückstehen muß. Die Mindestanforderungen der Klage, die diese erst als Prozeßhandlung besonderer Qualität entstehen lassen, können nicht durch Heilung ersetzt werden. Ohne die Einhaltung der Mindestform ist die Klage nicht vollendet und deshalb unheilbar. Mit dieser Bewertung muß sich auch das materielle Recht abfinden, wenn es um die Wahrung materiell rechtlicher Fristen geht.

Dagegen ist die Klage nicht als prozeßrechtliches "Nichts" anzusehen, weshalb sich auch nicht die Bezeichnung als "Nichtklage"¹⁾ empfiehlt. Sie kann durch Nachholung oder Ergänzung des Fehlenden, sowie durch Wiederholung eines bisher mißglückten Teils zur wirklichen Klage werden, wobei der fehlerfreie Teil bestehen bleibt. Es wäre ein unnützer und im Interesse der Prozeßökonomie schädlicher Umweg, wollte man die Klage u.U. erst in der Berufungsinstanz zurückweisen und damit ihre völlige Neuerhebung veranlassen²⁾.

Anders liegt es hinsichtlich der Zustellungsmängel, abgesehen von dem Fall der unterbliebenen Übermittlung der Klageschrift. Hier werden Bestimmungen der Klagerhebung verletzt, die nicht so sehr im Interesse der Rechtspflege als vielmehr zum Schutze des Beklagten bestehen, so daß jene kein Interesse an Wahrung der Form hat, wenn dieser verzichtet oder sich rügelos zur Sache einläßt. Diese Fehler wiegen nicht so schwer, als daß kein Verfahren eingeleitet werden könnte. Die an diesen Mängeln leidende Klagerhebung ist wegen der ihr zugebilligten Heilungsmöglichkeit nicht schlechthin unwirksam, sondern ein "unter der Voraussetzung der erfolgenden Genehmigung (besser: Heilung) rechtserheblicher Tatbestand"³⁾.

1) So bes. Sauer, Grundlagen, S. 459; Prozeßrechtslehre, § 14 IV 2 a

2) So früher die Praxis, vgl. RGZ 52, 325 (327); Oertmann, ZZP 48, 445 ff. für Zustellungsmängel

3) Oertmann, ZZP 48, 456

Der praktische Unterschied zwischen den beiden in der Fehlerfolge verschiedenen Mängelgruppen wird deutlich, wenn Fristen bestehen und bei der Frage des weiteren Verfahrensablaufs. Die unheilbare Klage muß durch neue Prozeßhandlungen vollendet werden, bei der heilbaren Klage wird der Mangel nach Heilung völlig beseitigt und das Verfahren läuft so weiter, als ob der Mangel niemals bestanden hätte.

Unter einem anderen Gesichtspunkt erfolgt die Bewertung der Klagemängel durch das Gericht, das erstmals bei Terminsanberaumung durch den Vorsitzenden prüfen muß, ob sich die Klage als verhandlungsfähig darstellt. Dabei ist es keineswegs so, daß alle als unheilbar bewerteten Inhalts- und Formalmängel die Terminsanberaumung hindern. Die Bewertung des Verhältnisses des Klägers zum Gericht erfolgt nach anderen Wertkategorien als die Bewertung im Hinblick auf die Verfahrenswirkungen.

Niemals ist die fehlerhafte Klage völlig unbeachtlich. Immer ist sie als unzulässig zurückzuweisen, wobei manche Unzulässigkeitsgründe schon die Terminsanberaumung hindern. Das ist der Fall beim Fehlen der Parteibezeichnung und bei Fehlen von Antrag und Begründung, ferner beim Fehlen der Unterschrift und der Nichtabfassung in deutscher Sprache. Bei allen anderen Mängeln darf die Terminsbestimmung nicht abgelehnt werden, da die Klage verhandlungsfähig ist und in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Ergänzung gegeben werden soll. Geschieht dies nicht, weil der Kläger dazu nicht bereit oder imstande ist, erfolgt Prozeßabweisung als unzulässig durch Urteil. Wegen Zustellungsmängeln wird es jetzt wohl niemals mehr zur Prozeßabweisung kommen, weil die Zustellung von Amts wegen wiederholt wird, wenn sie nicht schon vorher geheilt ist.

• Teil Gruppierung und Systematisierung der aus der Einzeluntersuchung gewonnenen Ergebnisse

Bei der interessegerechten Lösung der sich aus der Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen ergebenden Fragen hinsichtlich ihrer Bewertung und Heilung soll nicht verharret werden, sondern es gilt nun, die gewonnenen Ergebnisse zu gruppieren und für die richtige Erkenntnis der auf Prozeßhandlungen anwendbaren Wertkategorien nutzbar zu machen. Dabei soll die Gruppierung der gefundenen Fehlerformen zeigen, inwieweit die bisher meist auf deduktivem Wege im Schrifttum entwickelten Wertkategorien durch die Einzeluntersuchung bestätigt werden oder eine Korrektur erfahren.

Der bei der Untersuchung der einzelnen Mängel sich zeigende Zusammenhang zwischen Bewertung und Heilung bewirkt, daß aus dieser Untersuchung auch wertvolle Aufschlüsse für die Formulierung eines Heilungsbegriffs gezogen werden können. Schließlich soll noch versucht werden, die aus einer Abwägung der konkreten Interessen im Einzelfall für die Frage der Heilbarkeit oder Unheilbarkeit gewonnenen Ergebnisse auf allgemeine der Heilung zugrunde liegende Wertlagen zurückzuführen.

§ 13 Die Gruppierung der Fehlerfolgen

Die Einzeluntersuchung hat gezeigt, daß die einzelnen Prozeßhandlungen von verschiedenen Gesichtspunkten aus unterschiedlich bewertet werden können. Stellt man ihre Wirkung auf die Entwicklung des Verfahrens und die Herbeiführung einer bestimmten prozessualen Situation in den Vordergrund, so ergeben sich bei der Bewertung der fehlerhaften Prozeßhandlungen andere Bewertungsformen, als wenn man ihre Wirkung auf die richterliche Entscheidungstätigkeit bewertet.

Zwischen beiden Gesichtspunkten ist im folgenden bei der Gruppierung der Fehlerfolgen zu unterscheiden:

I. Wenn man die innerprozessualen Wirkungen der Prozeßhandlungen, die auf die Schaffung einer bestimmten Prozeßsituation abzielen, im Falle der Fehlerhaftigkeit betrachtet, ergeben sich je nach Art der Fehler Differenzierungen nach dem Grad der Wirkungsminderung.

Gruppe 1: Bei manchen Fehlern (nicht existente Partei, Postulationsunfähigkeit, formelle oder inhaltliche Mängel der Klageschrift) sind die Prozeßhandlungen unheilbar wirkungslos, so daß bei ihrer Vornahme keine der ihnen vom Prozeßgesetz beigelegten Wirkungen auf die Entwicklung des Verfahrens eintreten können.

Gruppe 2: Bei anderen Fehlern (Partei- und Prozeßunfähigkeit, fehlende Vertretungsmacht, Zustellungsmängeln bei Klagerhebung) entfalten die Prozeßhandlungen zunächst nicht die ihnen vom Prozeßgesetz beigelegten Wirkungen auf die Entwicklung des Verfahrens, diese können nach Heilung aber eintreten. Während des Schwebezustandes können schon gewisse prozessuale Wirkungen eintreten. In einem bestimmten Prozeßstadium können die Prozeßhandlungen sogar ihre volle Wirksamkeit entfalten, so z.B. im Zulassungsstreit und nach Urteilserlaß diejenigen Prozeßhandlungen, die auf Prozeßbeendigung gerichtet sind.

II. Bewertet man die fehlerhaften Prozeßhandlungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Wirkungen auf die richterliche Entscheidungstätigkeit, kommen folgende Gruppen in Betracht:

Gruppe 1: Das Gericht kann die Prozeßhandlung unbeachtet lassen, es braucht nicht über sie zu entscheiden und nichts zu veranlassen. Diese Folge ist bei keinem der untersuchten Fehler eingetreten.

Gruppe 2: Bei Partei-, Prozeß-, Postulationsunfähigkeit, nicht existenter Partei, fehlender Vertretungsmacht sowie allen Klagmängeln muß das Gericht über die Prozeßhandlung entscheiden und die Partei bescheiden, muß der Prozeßhandlung aber den Erfolg versagen.

- a) Erwirkungshandlungen sind nicht zur inhaltlichen Prüfung zuzulassen, sie sind unzulässig.
- Bei einer Klage führen manche Fehler schon zur Ablehnung der Terminsbestimmung. Die Bewertung des Verhältnisses des Klägers zum Gericht hat ergeben, daß bei Nichtexistenz einer Partei, bei fehlender Postulationsfähigkeit, bei fehlender Parteibezeichnung, bei Fehlen von Antrag und Klaggrund, beim Fehlen der Unterschrift und bei Nichtabfassung der Klageschrift in deutscher Sprache, bei Mängeln der übrigen Prozeßhandlungsvoraussetzungen nur, wenn der Mangel und seine Unheilbarkeit feststehen, die Terminsanberaumung versagt werden kann. Eine erhobene Klage ist immer als unzulässig durch Prozeßurteil abzuweisen. Anträge werden durch Urteil oder Beschluß als unzulässig verworfen. Behauptungen und Beweisführungen werden in den Gründen des Antrags, insbesondere den Urteilsgründen, zurückgewiesen.
- b) Bewirkungshandlungen werden in den Gründen eines über einen Antrag (Klage) entscheidenden Urteils oder Beschlusses als ohne prozessuale Wirkung vorgenommen festgestellt. Auch sie sind nicht unbeachtlich in dem Sinne, daß auf sie nichts zu erfolgen hat. Das Gericht hat vielmehr ihre Unwirksamkeit im Grundsatz auszusprechen.

Die vorgenommene Gruppierung der Fehlerfolgen zeigt, daß den unter I. Gruppe 1) zusammengefaßten Fehlern eine entsprechende Wertkategorie für ihre verfahrensrechtliche Behandlung fehlt. Die für die Verfahrens-

entwicklung unheilbar wirkungslosen Prozeßhandlungen sind für das Gericht nicht unbeachtlich, sondern unzulässig. Die unheilbare Wirkungslosigkeit einer Prozeßhandlung vom Gesichtspunkt ihrer Wirkungen auf den Eintritt einer bestimmten Prozeßsituation im Zeitpunkt ihrer Vornahme führt vom Gesichtspunkt der richterlichen Entscheidungstätigkeit aus zur Unzulässigkeit der Prozeßhandlung. Insofern können die Wertungen, die für die näheren Wirkungen der Prozeßhandlungen und ihre Heilbarkeit gelten, nicht einfach in die von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus gebildeten Wertkategorien der Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit übersetzt werden, wie dies Sauer tut. Die Bewertung geschieht vielmehr von verschiedenen Gesichtspunkten aus und überschneidet sich. Die nur wirkungsgeminderten und heilbaren Prozeßhandlungen sind als unzulässig zu verwerfen. Die unheilbar wirkungslosen Prozeßhandlungen sind nicht unbeachtlich, sondern von einem anderen Standpunkt aus ebenfalls unzulässig. Eine wirksame Klage kann andererseits auch unzulässig sein, wenn eine Prozeßvoraussetzung fehlt.

Die unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensentwicklung gebildeten Wertungen gehen deshalb nicht letzten Endes in den für die Urteilsfällung maßgebenden Wertkategorien der Zulässigkeit und Unzulässigkeit auf. Dies ist nur bei den wirkungsgeminderten, aber erfolglosen und deshalb unwirksamen Prozeßhandlungen der Fall, die als unzulässig zu verwerfen sind¹⁾.

Umgekehrt erzeugt aber nicht jede unzulässige Prozeßhandlung gewisse innerprozessuale Wirkungen, wie es Goldschmidt²⁾ für die Klage bezüglich der Rechtshängigkeit und Verjährungsunterbrechung annimmt, sondern sie kann völlig wirkungslos sein. Aus dieser unheilbaren Wirkungslosigkeit folgt aber noch nicht

1) vgl. Rosenberg, §§ 42 III 1 b und 3 a, 43 III 1 b und 3, 74 II

2) 375 ff.

deren Unbeachtlichkeit für die Entscheidung des Gerichts, wie Sauer annimmt¹⁾.

Daraus folgt die Notwendigkeit, die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen nicht nur mit den Wertungen zulässig - unzulässig zu bewerten, sondern auch den Einfluß eines Fehlers auf die durch die Prozeßhandlungen bewirkte Verfahrensentwicklung wertungsmäßig zu erfassen. Wenn auch jede Prozeßhandlung "Mittel zur Herbeiführung der gerichtlichen Handlungen, in letzter Linie also zur Erzielung der Endentscheidung"²⁾ ist und unter diesem Gesichtspunkt als zulässig oder unzulässig bewertet werden muß, ergibt sich jedoch für den Richter des gleichen oder eines anderen Prozesses oft die Notwendigkeit zu prüfen, ob mit der Vornahme einer Prozeßhandlung die gesetzlich bestimmte Wirkung zur Schaffung einer bestimmten Prozeßsituation eingetreten ist oder im Falle der Fehlerhaftigkeit durch Heilung noch nachträglich eintreten kann. Diese Überlegung ist bei Bewirkungshandlungen immer, aber auch bei Erwirkungshandlungen dann erforderlich, wenn man die mit Vornahme der Prozeßhandlung eingetretene Prozeßsituation für sich betrachtet. Hierfür müssen der Praxis durch die Wissenschaft Wertkategorien zur Verfügung gestellt werden, die diese Wertungsvorgänge begrifflich erfassen.

Nach der Terminologie des Privatrechts bezeichnet man die unter I. Gruppe 2 zusammengefaßten fehlerhaften Handlungen als "schwebend unwirksam". Zuweilen wird auch für Prozeßhandlungen, besonders bei Prozeßunfähigkeit, diese Bewertungsform verwandt³⁾. Jedoch hat sich mehr die Bezeichnung "unwirksam" eingebürgert⁴⁾. An dieser Benennung der Wertkategorie soll festgehalten

1) Prozeßrechtslehre, § 14 III 2 a; Grundlagen, S. 501

2) Hellwig, Lehrbuch 2, S. 349

3) siehe z.B. RG JW 1915, 36

4) siehe z.B. Rosenberg, § 74 II; Lent-Jauernig, § 20 IV A, § 30 I, vgl. auch Niese, Prozeßhandlungen, S. 93

ten werden, da sie den Zusammenhang mit der Heilbarkeit deutlich werden läßt.

Dagegen fällt es schwerer, die unter I. Gruppe 1 fallende Fehlerfolge treffend zu bezeichnen. Dem größten Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung ist unter dem Einfluß Goldschmidts diese Differenzierung der innerprozessualen Fehlerfolgen überhaupt fremd, woher die aufgezeigte Unsicherheit in der Frage ihrer Heilung rührt. Wo aber die unheilbare Wirkungslosigkeit erkannt und in einem Wertungssystem erfaßt wird¹⁾, erkennt man wegen ihrer Gleichsetzung mit der Nichtigkeit des bürgerlichen Rechts nicht, daß daraus noch nicht die Unbeachtlichkeit der Prozeßhandlung für die Entscheidungstätigkeit des Gerichts folgt. Deshalb empfiehlt es sich nicht, für diese Gruppierung den Begriff der Nichtigkeit zu gebrauchen, dessen schädlicher Einfluß erst mühsam aus der Prozeßhandlungsdogmatik verbannt werden mußte.

Auch die von Sauer vorgeschlagene Bezeichnung der Ungültigkeit²⁾ paßt nicht, da er diese in ganz anderem Sinne verwendet. Der hier benötigte Begriff muß sowohl erkennen lassen, daß nur die innerprozessuale Wirksamkeit und nicht die Zulässigkeit bewertet wird und daß andererseits die Wirkungen der Prozeßhandlung unheilbar entfallen. Dafür scheint die Bezeichnung "unheilbar wirkungslos" am besten geeignet. Die scheinbare Schwerfälligkeit dieser zusammengesetzten Bezeichnung wird durch ihre größere Schärfe ausgeglichen. Diese Wertkategorie besagt, daß mit Vor-
nahme der Prozeßhandlung aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit weder ihre inhaltlichen Wirkungen eintreten, noch jemals durch Heilung eintreten werden, sondern nur durch Wiederholung oder Nachholung eintreten können, wenn diese noch möglich sind.

1) so bei Sauer, Grundlagen, S. 105 ff.; Prozeßrechtslehre, § 14 IV

2) Grundlagen, S. 105, Prozeßrechtslehre, § 14 I; vgl. auch Nußbaum, S. 79

Faßt man die Ergebnisse der Untersuchung zusammen, können folgende Wertkategorien aufgestellt werden: Für Erwirkungshandlungen: zulässig - unzulässig, für Bewirkungshandlungen und die selbständige Bewertung einer innerprozessualen Situation bei Erwirkungshandlungen: wirksam - unwirksam oder unheilbar wirkungslos.

Die Wertkategorie "unheilbar wirkungslos" entbehrt einer positiven Entsprechung, da sie einen stärkeren Fehlergrad als die Unwirksamkeit bezeichnet.

Den hier entwickelten Wertkategorien kommt nicht nur systematische Bedeutung zu. Sie leisten auch etwas für die praktische Rechtsanwendung. Sie geben der Praxis die Möglichkeit, innerprozessuale Vorgänge auch bei Erwirkungshandlungen selbständig zu bewerten und unabhängig von der Frage, was auf die Prozeßhandlung zu erfolgen hat, unter einem anderen Gesichtspunkt zu beurteilen. Die Praktikabilität dieser doppelten Bewertung von verschiedenen Gesichtspunkten aus hat sich schon in der Einzeluntersuchung erwiesen. Ihr Vorteil soll noch an einer praktisch besonders bedeutsamen Streitfrage aufgezeigt werden, nämlich der Bewertung eines in Verschleppungsabsicht gestellten oder sonst nicht ernsthaft gemeinten Ablehnungsgesuchs.

Die überwiegende Rechtsprechung und ein Teil der Lehre neigen zu der Auffassung, ein solches Gesuch könne unberücksichtigt gelassen und zu den Akten genommen werden¹⁾. Der größte Teil des Schrifttums hat dieser Rechtsprechung aber widersprochen²⁾.

Bei richtiger Entscheidung dieser Frage sind zwei

-
- 1) RG Gruchot 45, 1089; RGZ 92, 230; RG WarnRsp 1929 Nr. 105; ebenso Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 42 II 3; Wassermann, JR 1961, 404; Wieczorek, § 45 A II b; auch OLG Köln, MDR 1964, 423 mit Anm. von Teplitzky, zu einem Ablehnungsgesuch ohne Begründung.
 - 2) Goldschmidt, Lehrbuch, § 50 I Anm. 3; Rosenberg, § 74 II; Stein-Jonas-Pohle, § 42 II 3

Gesichtspunkte zu unterscheiden. Das Gericht kann über das Ablehnungsgesuch nicht stillschweigend hinweggehen. Es muß die Partei bescheiden und das Gesuch als unzulässig verwerfen.

Andererseits muß anerkannt werden, daß ein solches mißbräuchliches Gesuch wegen der Zuständigkeitsregelung des § 45 II zu sinnlosen Verzögerungen des Prozeßgangs führt. Im Interesse des Gegners und einer ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens darf die Partei den Erlaß einer Entscheidung nicht willkürlich verschleppen. Deswegen kann die innerprozessuale Wirkung, die mit Vornahme des Ablehnungsgesuchs eintritt, nämlich das Ausscheiden des Abgelehnten, §§ 45 II, 47, nicht eintreten. Insofern ist das Gesuch also unheilbar wirkungslos. Der abgelehnte Richter ist in seiner Tätigkeit, auch am Erlaß eines Urteils, nicht gehindert und kann bei der Entscheidung über das Gesuch selbst mitwirken¹⁾. Das Gesuch ist aber als unzulässig zu verwerfen.

Eine zweite praktische Bedeutung kommt den hier vorgeschlagenen Wertkategorien für die Frage der Heilbarkeit eines Fehlers zu. Die Wertungen unwirksam und unheilbar wirkungslos leisten etwas für die Frage der Heilung, weil sie die Fehler nach ihrer Schwere differenzieren und klarstellen, daß bei manchen Prozeßverstößen die Unheilbarkeit des Mangels als Folge eintritt. Diese Erkenntnis führt zu einer befriedigenden Lösung der Fälle, in denen die Rechtsprechung mit widersprüchlicher Begründung die Rückwirkung der Heilung verneint hat²⁾. Welche Fehler der einen oder der anderen Wertkategorie zuzuteilen

1) so auch Stein-Jonas-Pohle, § 45 I, 47 II

2) vgl. die Entscheidungen zur Genehmigung bei Postulationsunfähigkeit: BVerfGE 8, 94; BSG NJW 1960, 1493; OLG Braunschweig, MDR 1957, 325; und die Entscheidungen zu § 295 bei inhaltlichen Mängeln der Klageschrift: BGHZ 22, 257; BGHZ 25, 76; LM Nr. 16 zu § 253

sind, kann nur eine Abwägung der durch die Verletzung der Prozeßvorschrift berührten konkreten Interessen ergeben.

§ 14 Der Heilungsbegriff

Die Ergebnisse, die bei der Untersuchung der einzelnen Mängel gewonnen wurden, können auch für die Aufstellung eines Heilungsbegriffs nutzbar gemacht werden.

Da sich im Schrifttum bis auf die Definition Göckers¹⁾ keine Begriffsbestimmungen, sondern lediglich bloße Aufzählungen der Heilungsmöglichkeiten finden, kann man daraus nur schließen, daß jene für überflüssig gehalten werden.

Aber schon das Erfordernis der Unterscheidung von Heilung und Wiederholung einer Prozeßhandlung bei dem Bestehen von Fristen zeigt, daß für die Erfassung der Heilungsmöglichkeiten in einem Begriff ein praktisches Bedürfnis besteht. Es würde der Rechtsanwendung in der Praxis dienen, alle die prozessualen Vorgänge begrifflich zu erfassen, bei denen trotz eines Fehlers nachträglich die Prozeßhandlung ihre vollen Wirkungen entfalten kann und diese scharf von anderen Vorgängen zu unterscheiden, bei denen das nicht der Fall ist.

Gemäß der Themenstellung der Arbeit kann aber der Heilungsbegriff nicht schlechthin für alle Prozeßmängel, sondern nur speziell für Parteihandlungen gebildet werden. Dies ist insofern kein Nachteil, als der Schwerpunkt bei Anwendung der Heilungsmöglichkeiten im Bereich fehlerhafter Parteihandlungen liegt, demgegenüber die Heilung von Mängeln von Prozeßvoraussetzungen oder von Gerichtshandlungen zurücktreten²⁾.

1) Dissertation, S. 9; siehe auch oben S. 7

2) Deshalb wird im Schrifttum die Heilung meist im Anschluß an die Behandlung der fehlerhaften Parteihandlungen erläutert, siehe z.B. Lent-Jauernig, § 30; Rosenberg, § 74 III

Als hauptsächliches Kriterium zur Abgrenzung der Heilung von der bloßen Wiederholung oder Nachholung einer Prozeßhandlung hat sich die rückwirkende Kraft der Heilung gezeigt. Die Wiederholung bedeutet sachlich nichts anderes als die Neuvernahme einer Prozeßhandlung. Eine Prozeßhandlung wirkt immer erst von dem Zeitpunkt ihrer Vornahme an. Es kann nichts anderes gelten, wenn ihrer Vornahme eine gleichartige, aber ihre inhaltlichen Wirkungen nicht erzeugende Prozeßhandlung, vorausgegangen ist. Auch bei der Nachholung eines bisher fehlenden Teils einer Prozeßhandlung liegt sachlich eine Neuvernahme vor, wie die Untersuchung der Klagsmängel bei fehlendem Antrag oder fehlender Begründung gezeigt hat. Eine Klage liegt erst dann vor, wenn der Klagtatsbestand, der aus mehreren Prozeßhandlungen bestehen kann, vollendet ist. Erst in diesem Zeitpunkt kann man überhaupt von der Erhebung einer Klage sprechen.

Bei dem Eintritt der Heilung dagegen fällt der der Prozeßhandlung anfänglich anhaftende Fehler rückwirkend durch ein bestimmtes Verhalten der Prozeßbeteiligten weg, d.h. die Prozeßhandlung wird so angesehen, als sei sie von Anfang an fehlerfrei vorgenommen. Diese Wirkung der Heilung hat die Untersuchung der Heilungsmöglichkeiten durch Genehmigung und aufgrund des § 295 ergeben. Eine Ausnahme ist auch nicht für Prozeßhandlungen eines Postulationsunfähigen oder für die Klage bei mangelhaftem Klaginhalt zu machen. Diese Mängel machen eine Prozeßhandlung völlig wirkungslos und führen zu ihrer Unheilbarkeit überhaupt, nicht nur zum Nichteintritt der Rückwirkung.

Anders liegt es nur bei der Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 187 und bei der Heilung durch Zweckerreichung. Hier k a n n eine Heilung ex tunc eintreten, braucht es aber nicht notwendig, wenn der Zweck noch nicht mit Vornahme der Prozeßhandlung, also im Falle des § 187 mit der fehlerhaften Zustellung, als erreicht anzusehen ist, sondern erst später eintritt. Wie jedoch der erörterte Heilungsfall durch

Zweckerreichung bei formloser Übersendung der Klageschrift gezeigt hat¹⁾, ist auch hier der auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurückbezogene Heilungseintritt durchaus möglich, so daß diese Möglichkeiten der Mängelbeseitigung einen echten Heilungsfall darstellen. Da jedoch nicht immer eine Rückwirkung eintritt, empfiehlt sich eine Einschränkung des Merkmals "rückwirkend" durch Hinzufügen von "grundsätzlich".

Göcker charakterisiert den Heilungsvorgang als "das Wegfallen eines Prozeßmangels"²⁾. Da er die Heilung nicht im Zusammenhang mit der Bewertung einer fehlerhaften Prozeßhandlung sieht, mußte er notwendig den Heilungsvorgang rein formal bestimmen. Wir haben aber die Heilung von der Bewertung des Fehlers abhängig gemacht und gesehen, daß die Heilung in dem Wirksamwerden einer unwirksamen Prozeßhandlung besteht und daß als völlig wirkungslos zu bewertende Prozeßhandlungen nicht heilbar sind. Deshalb ist der Heilungsvorgang als das Wirksamwerden einer unwirksamen Prozeßhandlung zu bezeichnen.

Ein Unterschied zwischen der Beseitigung des Fehlers und seinem bloßen Unbeachtlichwerden wurde bei der Untersuchung der einzelnen Heilungsfälle nirgends festgestellt. Auch bei § 295 trat die Heilung dadurch ein, daß rückwirkend die materiell-rechtlichen Folgen der Klagerhebung, also Verjährungsunterbrechung und die Wahrung von materiell-rechtlichen Fristen, eintraten.

Der Eintritt der Heilung ist von einem bestimmten Verhalten der Prozeßbeteiligten abhängig. Im Falle des § 295 hängt die Heilung von dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht oder dem Unterlassen der Rüge durch den Gegner ab, wobei ein Verzichts-

1) siehe oben S. 156 f.

2) Dissertation, S. 9

wille nicht erforderlich ist. Das Verhalten des Gegners braucht daher nicht notwendig auf die Heilung gerichtet zu sein wie Göcker¹⁾ annimmt. Das Verhalten der handelnden Partei selbst führt die Heilung bei Genehmigung herbei. Das Verhalten der Prozeßbeteiligten bewirkt bei § 187 und bei der Heilung durch Zweckerreichung den Eintritt der Heilung. Schließlich kann die Heilung auch von dem Verhalten eines Dritten, der nicht Partei ist, abhängen, so bei der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter im Falle der Prozeßunfähigkeit der Partei. Der Eintritt der Voraussetzung selbst führt beim Fehlen einer Prozeßhandlungsvoraussetzung allein nicht zur Heilung.

Unter Verwendung der aufgezeigten Begriffsmerkmale ist der Begriff der Heilung folgendermaßen zu definieren:

Heilung ist das - grundsätzlich rückwirkende - Wirksamwerden einer unwirksamen Prozeßhandlung durch das Verhalten eines Prozeßbeteiligten (Partei oder Gericht) oder eines Dritten.

Mit dieser Definition werden die Vorschriften der ZPO, die für fehlerhafte Prozeßhandlungen eine Beseitigung des Fehlers vorsehen, zusammengefaßt und ihre inhaltliche Wirkung gekennzeichnet. Insofern dient die Definition der besseren Erkenntnis eines praktisch bedeutsamen Instituts des Zivilprozesses. Ferner werden damit die Fälle der Heilung von der Wiederholung bzw. Nachholung scharf geschieden. Dieser Trennung dient nicht nur das Merkmal der Rückwirkung, sondern auch das Merkmal "Wirksamwerden einer unwirksamen Prozeßhandlung". Dadurch wird klargestellt, daß gerade die zunächst u n w i r k s a m e Pro z e ß h a n d l u n g s e l b s t nunmehr die Wirkungen auf das Verfahren hervorruft, daß sie also formell nicht neu vorgenommen zu werden braucht, sondern der Mangel durch die Heilung ersetzt wird. Dadurch dient der Heilungsbegriff auch der praktischen

1) Dissertation, S. 9

Rechtsanwendung. Wäre der Rechtsprechung der Heilungsbegriff nicht fremd gewesen, hätten die Entscheidungen zur Heilung der Prozeßhandlungen Postulationsunfähiger und zur Heilung der inhaltlichen Mängel der Klageschrift keine so großen Schwierigkeiten bereitet. Da die Heilung begrifflich in dem rückwirkenden Wirksamwerden einer unwirksamen Prozeßhandlung besteht, diese Folgerung bei den genannten Mängeln aber im Interesse der Rechtspflege nicht gezogen werden kann, sind diese Mängel überhaupt unheilbar, und es kommt nur eine Wiederholung bzw. Nachholung der Prozeßhandlung in Betracht. Dann löst sich aber die Frage der Rückwirkung, die in den genannten Entscheidungen große Schwierigkeiten bereitete, von selbst.

§ 15 Die für die Heilung maßgebenden Wertlagen

Bei der Untersuchung der einzelnen Heilungsfälle im zweiten Teil der Arbeit wurde nach der hier angewandten Methode die Bewertung und Heilung der fehlerhaften Prozeßhandlungen jeweils von einer Abwägung der k o n k r e t e n Lebensverhältnisse und Interessen abhängig gemacht.

Im folgenden soll nun versucht werden, die dem Institut der Heilung allgemein zugrunde liegende Konfliktsituation und Wertlage aufzudecken. Den Anknüpfungspunkt hierfür bietet die prozessuale Form, verstanden i.S. von Justizförmigkeit¹⁾. Heilung bedeutet Beseitigung eines Formverstoßes. Der Zusammenhang zwischen der Bewertung eines Formverstoßes und seiner Heilbarkeit hat sich allenthalben bei der Einzeluntersuchung gezeigt. Deshalb erscheint es fruchtbar, näher auf die Bedeutung und die rechtspolitische Funktion der prozessualen Formen einzugehen.

1) vgl. dazu E. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 22 S. 44 f.

I. Der den prozessualen Formen zugrunde liegende Wertkonflikt

Die justizförmige Ausgestaltung des Verfahrens durch Formvorschriften dient dem sicheren Ablauf des Prozesses und der Wahrung berechtigter Interessen des Gegners. Sie soll "Schnelligkeit und Energie ermöglichen, zugleich aber, was nicht weniger notwendig ist, Vorsicht und Behutsamkeit erzwingen"¹⁾. Jede Willkür von Seiten des Gerichts oder der Parteien soll ausgeschlossen und dadurch die durch das materielle Recht gewährleistete Rechtsgleichheit erhalten werden. Ferner erfordert das dynamische Vorwärtsschreiten des Prozesses auf die richterliche Entscheidung hin eine formgebundene Ausgestaltung des Verfahrens. Die Formen sind dazu bestimmt, "die Dynamik des Prozesses zu bändigen und in die richtigen Geleise zu bringen"²⁾. So betrachtet stehen die Formen in engem Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen und rechtstheoretischen Grundlagen des Prozeßrechts. Sie sind nicht "reine Technik" oder lediglich eine "Geschäftsordnung" für den Prozeßgang³⁾, sondern beinhalten einen "rechtsstaatlichen Eigenwert"⁴⁾, der in seiner Bedeutung gleichwertig neben der Bedeutung des materiellen Rechts für das Gemeinschaftsleben steht. Gutes formelles Recht ist nicht weniger wichtig als gutes materielles Recht⁵⁾.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß die prozessualen Formen dem Schutz der materiellen Rechtslage dienen. Sie sind nicht Selbstzweck⁶⁾. Sie sollen

1) E. Schmidt, a.a.O.

2) Baur, Summum ius summa iniuria, S. 99; vgl. auch Stein-Jonas-Pohle, Einl. F I 1

3) so aber Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1. Aufl., Tübingen 1921, Vorwort, das Zivilprozeßrecht sei ein technisches Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar; auch Goldschmidt, S. 292, der den Zivilprozeß als moralinfrei bezeichnet.

4) F. Weber, Studium Generale 1960, S. 193

5) Wieczorek, vor § 1, A III a 1

6) BGHZ 10, 359; vgl. auch BGHZ 15, 144: Formvorschriften seien nicht um ihrer selbst willen da.

"nicht Hindernisse schaffen, an denen die materiellen Rechte der einen oder anderen Partei zum Scheitern gebracht werden"¹⁾. Vielmehr haben sie den Zweck, "die Findung des wahren Rechts zu sichern"²⁾.

Beide Zweckgesichtspunkte, die in den prozessualen Formen zum Ausdruck kommen, lassen sich niemals rein verwirklichen³⁾. Der Zwiespalt zeigt sich darin, daß sich jede Verfahrensnorm unmittelbar auf die Durchsetzung des materiellen Rechts auswirkt. Ein Verstoß gegen die Form kann das zerstören, was das materielle Recht sinnvoll gefügt hat⁴⁾. Im Prozeß ist ebenso die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung wie die der Rechtsvernichtung gegeben⁵⁾.

Die prozessualen Formen stehen somit in einem stetigen Spannungsverhältnis zwischen den beiden Zweckgesichtspunkten, denen sie dienen: Der Aufrechterhaltung und Gewährung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit im Prozeß und dem Schutz und der Durchsetzung materieller Rechte des Einzelnen.

Dieser Zwiespalt tritt in aller Schärfe schon bei der Normgestaltung durch den Gesetzgeber zutage⁶⁾, er zeigt sich aber nicht weniger bei der Anwendung der prozessualen Formvorschriften. Dies zeigt die noch nicht abgeschlossene Diskussion in Lehre und Rechtsprechung um die Frage, ob die Normen des Zivilprozeßrechts möglichst frei auszulegen seien, oder ob der Formstrenge der Vorrang gebühre. Die Rechtsprechung neigt dazu, die Formvorschriften als Zweckmäßigkeitsnormen anzusehen, die nicht formalistisch, sondern frei auszulegen seien⁷⁾. Dabei kehrt

1) RGZ 105, 427

2) Hahn, Materialien, S. 186

3) vgl. Bruns, JZ 1959, 205

4) Troller, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945, S. 11

5) Baur, a.a.O., S. 98

6) vgl. dazu den Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 166 ff.

7) Nachweise bei Blomeyer, § 2 IV 2; Rosenberg, § 8,2

das Argument immer wieder, daß das materielle Recht unter der Herrschaft der Prozeßvorschriften nicht oder nur möglichst wenig leiden dürfe¹⁾. Dagegen betont die neuere Zivilprozeßliteratur immer häufiger den rechtsstaatlichen Wert und die Bedeutung der Form für die Dynamik des Prozesses, und warnt entweder vor einer zu freien Auslegung²⁾ oder tritt für eine formstrenge Auslegung ein³⁾.

Generell läßt sich aber die Frage nach einer freien oder strengen Auslegung nicht beantworten⁴⁾. Entscheidend ist die A b w ä g u n g der in der Form zur Geltung gebrachten Werte und die Erkenntnis der für sie maßgebenden Faktoren, die nur in Einzeluntersuchungen vorgenommen werden kann. Diese müßten die geltenden Normen einer Kritik unterziehen und für die Normgestaltung fruchtbar machen⁵⁾.

Das Problem der Heilung ist in diesem Zusammenhang bisher nicht gesehen worden. Ihre unbefriedigende Behandlung in Lehre und Rechtsprechung rührt aber zu einem großen Teil daher, daß die Bedeutung des aufgezeigten Spannungsverhältnisses für die Heilung nicht erkannt wird.

II. Die Stellung der Heilung in dem den prozessualen Formen zugrunde liegenden Wertkonflikt

In Lehre und Rechtsprechung erkennt man meist nicht, daß bei der Entscheidung, ob eine fehlerhafte Prozeßhandlung als geheilt angesehen werden soll, ein Interessenwiderstreit vorliegt. Hält man in dem zu

1) RGZ 105, 427; dagegen betonen RGZ 151, 85 und 164, 396 den "tieferen Sinn des Formzwangs"

2) Baumbach-Lauterbach, Einl. III 5 C; Blomeyer, § 2 IV 4; K. Blomeyer, ZZP 66, 161; E. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 22 f., S. 44 ff.; Schönke-Schröder-Niese, § 3 II; Stein-Jonas-Pohle, Einl. M III 2 e; F. Weber, Studium Generale 1960, S. 184 a.E., 185, 193

3) Baur, a.a.O., S. 114 ff.

4) so richtig Stein-Jonas-Pohle, Einl. M III 2 e

5) dies fordert F. Weber, Studium Generale 1960, S. 192 a.E., 193

entscheidenden Einzelfall eine Heilung für erwünscht, wird oft darauf hingewiesen, daß die Verfahrensbestimmungen der ZPO nur Hilfsmittel für die Verwirklichung oder Wahrung von Rechten seien, und daß die Durchsetzung des materiellen Rechts so wenig wie möglich an Verfahrensfragen scheitern solle¹⁾. Oft wird eine Heilbarkeit auch damit begründet, daß die Wahrung der Form nicht über den materiellen Rechtsgehalt gestellt werden dürfe²⁾.

Überhaupt neigen diejenigen, die für eine Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten eintreten, dazu, das Festhalten an der Form und die Ablehnung einer zu weitgehenden Heilung als eine "ungesunde formalistische Auffassung"³⁾ oder als "formalistische Konstruktion"⁴⁾ gering zu schätzen.

Auf der anderen Seite beruft sich die Rechtsprechung auf einen harten Formstandpunkt, der im Interesse der Rechtssicherheit unerlässlich sei, wenn die Heilbarkeit eines Fehlers verneint werden soll⁵⁾. Auf die Rechtssicherheit stellt der BGH auch mit dem Argument ab, daß Ausschlußfristen nicht der Parteidisposition unterliegen dürften, da sonst die bestehende Unsicherheit nicht schnell geklärt werden könne⁶⁾. In diesen Begründungen wird einseitig die Rechtssicherheit in die Waagschale geworfen, um die Heilbarkeit eines Mangels abzulehnen, ohne jedoch zu bedenken, daß die Durchsetzung des materiellen Rechts an der Form scheitert. Somit wird, was auch schon bei der Einzeluntersuchung der Heilungsfälle deutlich wurde, je nach dem gewünschten Ergebnis einerseits die Hilfsfunktion der Form gegenüber dem

1) so die Begründung des BGH in NJW 1960, 1948 zu § 295

2) so Dietz-Nikisch, Komm.z.AGG, § 11 Anm. 81

3) Oschmann, Die Heilbarkeit von Prozeßmängeln im Zivilprozeß, Dissertation, Jena 1923, S. 70

4) Dietz-Nikisch, a.a.O., § 11 Anm. 81

5) so z.B. OLG Braunschweig, MDR 1957, 426 zur Heilung der Postulationsunfähigkeit

6) BGHZ 22, 257 zur Heilung bei fehlender Klagbegründung

materiellen Recht einseitig für die Heilung und andererseits die in der Form verkörperte Rechtssicherheit einseitig gegen eine Heilung ins Feld geführt. Es fehlt an einer wahren Erkenntnis des Wertkonflikts und an einer A b w ä g u n g der den prozessualen Formen innewohnenden Werte.

Das Spannungsverhältnis, in dem die prozessualen Formen und die Heilung stehen, zeigt die Schwierigkeiten überhaupt, die der Gesetzgeber der ZPO bei der Lösung des Heilungsproblems zu überwinden hatte. Einmal sollen die Heilungsmöglichkeiten dem sicheren Ablauf des Verfahrens dienen und das Verfahren in Fluß halten, zum anderen sollen sie gewährleisten, daß die materiellen Rechte der einen oder der anderen Partei möglichst nicht an Formverletzungen scheitern. Hätte der Gesetzgeber zu wenig Heilungsmöglichkeiten in die ZPO aufgenommen, wäre der Schutz und die Durchsetzung der materiellen Rechte sowie der schnelle und reibungslose Ablauf des Verfahrens aufs schwerste gefährdet. Das Gericht hätte bei jeder Prozeßhandlung eine Prüfungspflicht und müßte bei Auffindung eines Formverstöße die Prozeßhandlung zurückweisen, was der Prozeßverschleppung Tür und Tor öffnen würde.

Andererseits könnte eine unbeschränkte Heilbarkeit aller Formverstöße zwar für die Durchsetzung des materiellen Rechts im Einzelfall erwünscht sein, aber sie würde die prozessualen Formen auflösen und zu einer Formerweichung führen und damit die Justizförmigkeit des Verfahrens antasten.

Die von dem Gesetzgeber der ZPO normierten Heilungsmöglichkeiten lassen einen Kompromiß erkennen, der sowohl der Justizförmigkeit des Verfahrens als auch dem Rechtsschutzinteresse des Einzelnen gerecht zu werden sucht.

Dieser Kompromiß besteht darin, daß der Fehler einer Prozeßhandlung grundsätzlich dann heilt, wenn durch das Verhalten einer der beiden Parteien nach dem

Formverstoß ersichtlich wird, daß der Verstoß dem ordnungsgemäßen und dynamischen Ablauf des Prozesses nicht geschadet hat und auch die materielle Rechtsstellung der beiden Parteien nicht wesentlich beeinträchtigt ist. Ist dies der Fall, dann ist der zweifache Zweck der verletzten Formvorschrift nachträglich erreicht, und es besteht für das Prozeßrecht kein Anlaß, die Formverletzung fortbestehen zu lassen¹⁾. Das Verfahren kann seinen Fortgang nehmen, als wenn der Verstoß nicht geschehen wäre.

Dieser Grundgedanke zeigt sich bei den Heilungsmöglichkeiten der Genehmigung (§§ 89 II, 551 Nr. 5, 579 I Nr. 4) und der §§ 295, 187. Führt beispielsweise die im Laufe des Prozesses prozeßfähig gewordene Partei den Prozeß weiter oder genehmigt sie die Prozeßführung ausdrücklich, ist der Zweck der Vorschriften über die Prozeßfähigkeit erreicht. Obwohl nur Parteien am Verfahren teilnehmen sollen, bei denen durch das Vorhandensein gewisser Fähigkeiten der rasche und sichere Ablauf des Verfahrens gewährleistet ist, hat die Teilnahme des Prozeßunfähigen der Sicherheit des Verfahrens nicht geschadet, weil sonst das Nichtvorhandensein der Fähigkeit offenbar geworden wäre. Die materielle Rechtsstellung der Partei kann durch den Prozeßverstoß nicht gelitten haben, da sonst der Prozeß nicht von der Partei weitergeführt worden wäre. Die Zweckerreichung führt zur Heilung durch Wirksamwerden der fehlerhaften Prozeßhandlungen. Wird nicht genehmigt, ist offenbar, daß der Zweck nicht nachträglich erreicht worden ist, so daß keine Heilung eintritt. Der Zweck der unter § 295 fallenden verzichtbaren Formvorschriften, z.B.

1) Göcker, der zum ersten Mal den Gedanken der Zweckerreichung für die Heilung herausgestellt hat, sieht den Zweck der Form nur in der "Findung des wahren Rechts". (S.57) Er sieht aber nicht die Problematik der Heilung in dem Spannungsverhältnis zwischen der Justizförmigkeit und der Durchsetzung des materiellen Rechts.

der Zustellungsbestimmungen, ist trotz des Verstoßes erreicht, wenn derjenige, den die Prozeßverletzung zur Rüge berechtigt, innerhalb der Frist von der Rüge keinen Gebrauch macht¹⁾. Er zeigt damit, daß der Verstoß seinen materiellen Rechten keinen Nachteil gebracht hat und daß das Verfahren so weiterlaufen kann, als wenn der Mangel nicht vorgelegen hätte. Der Zweck der Zustellung ist erreicht, wenn dem Zustellungsadressaten das Schriftstück mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme zugegangen ist.

Diese der gesetzlichen Regelung der Heilung zugrunde liegenden Gesichtspunkte können bei den Mängeln nicht eingreifen, bei denen die Sicherheit des Verfahrens die Wahrung der Form, die Durchsetzung des materiellen Rechts aber eine Beseitigung des Formverstoßes erfordert. Dieser Zwiespalt zeigte sich in voller Schärfe bei der Postulationsunfähigkeit und den inhaltlichen und formellen Mängeln der Klageschrift. Hier wurde durch das Verhalten der Partei der eine Zweck der Form, die Gewährung eines sicheren Verfahrensablaufs, nicht nachträglich erreicht. Die Anerkennung einer Heilung hätte die Prozeßsicherheit aufs schwerste gefährdet. Hier mußte die strikte Wahrung der Form den Vorrang vor der Durchsetzung des materiellen Rechts erhalten. Andererseits führte die Zweckerreichung zu einer Ausdehnung der Heilung bei manchen Zustellungsmängeln, wenn die Sicherheit des Verfahrens gewahrt blieb.

Danach ergibt sich für die Frage der Heilbarkeit im Konfliktfall: Die Möglichkeit der Heilung einer fehlerhaften Prozeßhandlung ist zu bejahen, wenn eine Lockerung der Formstrenge zugunsten der Durchsetzung des materiellen Rechts des Einzelnen die Sicherheit des Verfahrens nicht beeinträchtigt. Die Heilbarkeit ist dagegen, selbst zum Nachteil der Partei, zu verneinen, wenn ohne strikte Wahrung der Form die Sicherheit und die Dynamik des Verfahrens gefährdet wäre.

1) Göcker, Dissertation, S. 57

Generell läßt sich die Frage, wann Heilbarkeit und wann Unheilbarkeit anzunehmen ist, nicht beantworten. Erforderlich ist stets die Aufdeckung des Wertkonflikts und eine Abwägung der beteiligten konkreten Interessen und Werte, die nur in Einzeluntersuchungen, wie sie hier für einige typische Mängelgruppen vorgenommen wurde, zu bewältigen ist.

Lebenslauf

Am 10. Dezember 1938 wurde ich als einziges Kind des Brauereidirektors Karl Güntzel und seiner Ehefrau Maria, geborene Ullrich, in Hannover geboren.

Vom Herbst des Jahres 1945 bis Ostern 1949 besuchte ich die Volksschule in Bad Hersfeld und bestand nach dreieinhalb-jähriger Volksschulzeit zu Ostern 1949 die Aufnahmeprüfung zum Humanistischen Gymnasium in Bad Hersfeld. Dort legte ich am 4. März 1958 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1958 schrieb ich mich zum Studium der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität in Göttingen ein. Dort blieb ich vier Semester lang und wechselte im Sommersemester 1960 an die Freie Universität in Berlin. Vom Wintersemester 1960/61 bis zum Sommersemester 1962 studierte ich vier Semester Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg. Vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Frankfurt bestand ich am 16. Januar 1963 die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung. Im Sommersemester 1963 war ich zum Studium der Volkswirtschaft an der Philipps-Universität in Marburg eingeschrieben.

Seit dem 24. Januar 1964 bin ich Gerichtsreferendar im Bezirk des Landgerichts in Marburg a.d.L.

